

INSTITUTO SUPERIOR BISSAYA BARRETO

FUNDAÇÃO BISSAYA BARRETO

CONTRATO DE FRANQUIA

E

INDEMNIZAÇÃO DE CLIENTELA

Dissertação
para a obtenção do grau de mestre em ciências jurídico-forenses

Orientador
Prof. Doutor Filipe Cassiano Nunes dos Santos

Aluno
Luís Manuel Pereira Rodrigues Passeiro

Coimbra, Abril 2011

ABREVIATURAS

BFDUC – Boletim da Faculdade de Direito da Universidade de Coimbra

BMJ – Boletim do Ministério da Justiça

CE – Comunidade Europeia

CEE – Comunidade Económica Europeia

CEJ – Centro de Estudos Judiciários

CJ – Colectânea de Jurisprudência

CPI – Código da Propriedade Industrial

CSC – Código das Sociedades Comerciais

FDL – Faculdade de Direito de Lisboa

FDUCL – Faculdade de Direito da Universidade Clássica de Lisboa

HGB –Handelsgesetzbuch (Código Comercial Alemão)

JOCE – Jornal Oficial das Comunidades Europeias

RC – Relação de Coimbra

RL – Relação de Lisboa

RLJ – Revista de Legislação e de Jurisprudência

RMP – Revista do Ministério Público

ROA – Revista da Ordem dos Advogados

STJ – Supremo Tribunal de Justiça

STS - Sentencia del Tribunal Supremo

TJCE – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias

UCP – Universidade Católica Portuguesa

UE – União Europeia

INTRODUÇÃO

A incessante mundialização da economia e o consequente alargamento dos contornos do mercado, motivada por factores como a cada vez mais abrangente divulgação não apenas dos bens e serviços oferecidos, mas também e principalmente das marcas e insígnias dos produtores, gerou desde há muito a necessidade de estes responderem ao crescente apelo da procura.

Do caminho escolhido para esse efeito resultou o aparecimento de novas formas de organização dos negócios, em que os sistemas de rede de distribuição se substituem aos mercados tradicionais, passando a recorrer-se aos chamados “contratos de distribuição” celebrados com intermediários, comerciantes independentes que, muitas das vezes por sua conta e risco, cumprem a tarefa de escoar no mercado aqueles produtos e serviços. O contrato de franquia é, de entre essas novas formas de organização de negócios, aquela que maior relevo assume na prática negocial dos nossos dias.

De tal modo que já em 1999 se afirmava que o “franchising” era o responsável por cerca de um terço do comércio retalhista norte-americano, 10% do comércio retalhista do Reino Unido e 10% do volume total de negócios do sector da distribuição em França.

Em Portugal, embora seja relativamente recente o aparecimento do contrato de franquia, tem-se constatado, principalmente a partir da segunda metade da década de 80, um crescimento exponencial desta forma de negociar, associado a um pico de desenvolvimento económico e ao correspondente crescimento da oferta e do serviço de distribuição. De acordo com o Instituto de Informação em Franchising, IP, o censo respeitante ao ano de 2008 revelou que o sector do franchising representou 3,1% do PIB, com um volume de negócios de mais de 5000 milhões de euros, e 1,3% do emprego

O desenvolvimento deste modelo empresarial não está relacionado apenas com a evolução dos meios de comunicação e publicitários. O fenómeno tem também explicação na facilidade com que pessoas que aspiram ser comerciantes podem atingir esse desiderato sem que para tal tenham de possuir um conhecimento profundo sobre qualquer área de negócios.

O facto de ser um contrato duradouro, aliado às suas especificidades, principalmente ao nível da posição relativa dos contratantes no que respeita à autonomia económica, pode provocar, no momento da sua extinção, uma situação similar à que se verifica no contrato de

agência e, desse modo, justificar a atribuição ao franquiado da indenização de clientela prevista para o agente.

A inexistência, no âmbito nacional, a exemplo do que sucede na maioria dos restantes ordenamentos jurídicos, de legislação específica disciplinadora do contrato de franquia, tem dado origem a que se gere controvérsia relativamente à solução a dar a várias questões que surgem no respectivo âmbito, designadamente àquelas que decorrem da extinção do vínculo contratual, atenta a elevada litigiosidade que a caracteriza e, em especial, à possibilidade de estender ao franquiado a atribuição da atrás referida indenização de clientela.

Parece-nos, pois, que se justifica a tarefa que modestamente pretendemos empreender, consistente no estudo do contrato de franquia e da indenização de clientela, bem como na análise da possibilidade de aplicação, no âmbito daquele, da indenização de clientela.

No desenvolvimento deste trabalho optámos por estruturá-lo em três capítulos, nos quais procederemos, sucessivamente, ao estudo do contrato de franquia, da figura da indenização de clientela prevista para o contrato de agência e, por fim, à análise da susceptibilidade de aplicação desta última no âmbito do contrato de franquia.

Assim, iniciá-lo-emos com uma abordagem, que procuraremos ser o mais exaustiva possível, a alguns dos aspectos deste modelo contratual, analisando especialmente as suas características essenciais, a distinção de contratos afins, os elementos que compõem o seu conteúdo e bem assim os modos de cessação.

Num segundo momento, estudaremos a figura da indenização de clientela, no âmbito do qual faremos uma aproximação, ainda que superficial, ao contrato para cujo âmbito está legalmente consagrada, de modo a enquadrá-la devidamente enquanto especificidade do mesmo. Após breve referência ao seu aparecimento e evolução histórica, analisaremos, à luz do regime jurídico previsto para o contrato de agência, os requisitos da respectiva atribuição, os motivos de exclusão, o exercício do direito e a forma de cálculo, procurando, por fim, vislumbrar o seu fundamento e natureza jurídica, através da análise crítica das diversas concepções doutrinárias conhecidas e da confrontação daquela figura com outras afins.

Finalmente trataremos a questão da extensão analógica da indenização de clientela ao contrato de franquia, em relação à qual analisaremos não só as posições doutrinárias conhecidas como também o sentido da jurisprudência nacional.

I - O CONTRATO DE FRANQUIA

1. *Origem e antecedentes históricos*

A origem da palavra franquia costuma ser apontada à Idade Média, referindo-se na maior parte das vezes a França¹ como local do seu aparecimento. Derivará do termo “franchise”, significativo da outorga, por parte do Coroa, da Igreja ou dos senhores feudais, de um privilégio a uma cidade ou a determinadas pessoas, fundado nos mais variados motivos, principalmente relacionados com o apoio prestado por estes últimos nas campanhas militares levadas a cabo por aqueles, podendo essa regalia consistir na dispensa permanente do pagamento dos tributos que lhes eram devidos. Ou, nos casos em que a Igreja concedia autorização aos senhores feudais para, em seu nome, cobrarem os dízimos, na atribuição de uma percentagem sobre os montantes recolhidos.

Evidentemente que essa referência é feita mais com o intuito de explicar o significado do termo utilizado para caracterizar o contrato de que tratamos do que de remeter o contrato de franquia para tempos tão distantes.

De facto, a franquia, enquanto método de comercialização regulado por um contrato, tal como a conhecemos hoje, é um fenómeno bastante mais recente.

O seu aparecimento terá ocorrido nos Estados Unidos da América do Norte na segunda metade do século XIX², sendo recorrentemente citada como pioneira na utilização deste tipo de contrato a empresa norte-americana Singer Sewing Machine Company, a qual contornou as dificuldades relacionadas com a expansão dos seus negócios através da implementação de um sistema de distribuição em rede das máquinas de costura que fabricava, atribuindo aos

¹ Entre outros, vide M. BARATA SIMÕES, *Franchising, franquia, inovação e crescimento*, Texto Editora, Lisboa, 1991, pág. 12; ANA PAULA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) – No Direito Interno e no Direito Internacional*, Tempus Editores, Lisboa, 1994, pág. 18 e ELSA VAZ DE SEQUEIRA, “Contrato de Franquia e Indemnização de Clientela”, in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Brito de Almeida Costa*, cit, pág. 440. Já ISABEL ALEXANDRE, “O Contrato de Franquia (Franchising)”, in *O Direito*, Ano 123º, 1991, I, pág. 324, refere que a franquia “terá surgido em Inglaterra, na Idade Média”, sendo-lhe apontado um significado idêntico àquele que é atribuído à franquia de origem francesa.

² PAUL-ANDRÉ MATHIEU, *La nature juridique du contrat de franchise*, Éditions Yvon Blais, Cowansville (Québec), 1989, pág. 8, refere que a primeira instituição de natureza comercial aparentada à franquia de distribuição (muito embora não se possa ainda falar em franquia do ponto de vista da sua concepção moderna) remonta ao início do século XIX, em Inglaterra, quando alguns grupos de taberneiros aceitaram vender apenas os produtos de um cervejeiro em particular, prática que chegou a representar quase metade do comércio de Londres, com grande benefício quer para os distribuidores, quer para os produtores.

vendedores/distribuidores a exclusividade das vendas para uma área delimitada em troca do pagamento de um determinado montante.³

Embora a iniciativa tenha logrado algum sucesso, facto que determinou que sectores da indústria automobilística e das bebidas tivessem experimentado idêntico método de distribuição, o desenvolvimento da franquia não teve, porém, continuidade no período que se seguiu, devido à tendência do meio empresarial de então para, numa lógica de que “o segredo é a alma do negócio”, considerar que tudo aquilo que se relacionasse com o negócio e as respectivas relações, fossem elas ao nível interno ou externo, por constituir a razão de ser do sucesso da empresa, deveria ser preservado a todo o custo do conhecimento dos restantes intervenientes no mercado⁴.

Mas, a partir da década de 30 do século passado, o sistema de franquia retomou um gradual crescimento na sua implementação nos Estados Unidos.

São várias as razões apontadas como justificativas desse novo impulso, sendo referido o relativamente recente surgimento de novas indústrias, como a petrolífera, a automobilística e a dos refrigerantes, que não dispunham ainda de canais de distribuição adequados nem de meios financeiros ou organizacionais que os permitissem implantar, assim como a ocorrência da grande depressão de 1929, que agravou sobremaneira as carências, a todos os níveis, das empresas, designadamente no que respeita à capacidade para distribuir os bens que produziam.⁵

Houve necessidade de lançar mão de técnicas que permitissem ultrapassar tal dificuldade e a solução consistiu, em grande medida, na adopção do sistema de franquia.

Refira-se ainda, como factor importante para a retoma e desenvolvimento do sistema de franquia, a indústria publicitária. A publicidade é, sem sombra de dúvida, um dos principais, se não mesmo o principal motivo de sucesso da franquia e, como nos diz SUSANA ANDRÉS DEL

³ JACQUES VIGNY, “*La distribution – Structures es pratiques*”, Dalloz, 1994, Paris, pág. 37, situa mesmo o aparecimento do franchising no pós 1ª Guerra Mundial, nos Estados Unidos, precisamente no sector da indústria automóvel, como solução para o impedimento, decorrente da regulamentação anti-trust, de os construtores poderem comercializar, eles próprios, as viaturas fabricadas.

⁴ M. BARATA SIMÕES, *Franchising, franquia, inovação e crescimento*, cit., pág. 12

⁵ PAULO LOPES PORTO e SANTIAGO BARBADILLO DE MARIA, *Franchising Passo a Passo*, Edições IPAM, 2003, Porto, pág. 17.

CAMPO⁶, “todos los médios publicitarios convencionales y no convencionales que existen hoy en día, excepto Internet, estaban inventados en los años 30”.

A crescente popularidade do sistema de franquia, que se verificou durante os anos que se seguiram, viria a conhecer um decisivo impulso⁷ com o final da II Guerra Mundial e novamente nos Estados Unidos.

Razões de índole política, social e económica transformaram o período que se seguiu ao final do conflito num clima favorável à implementação e desenvolvimento da franquia.

Por um lado o crescimento económico e o incremento do poder de compra de uma população cada vez mais numerosa determinaram o aumento da procura de uma gama diversificada de bens, à qual o mercado foi respondendo através da constante oferta de novos produtos, decorrente dos avanços tecnológicos que se foram verificando a um ritmo acelerado.

Por outro lado, o regresso à vida “privada” de um grande número de pessoas que tinham até aí estado ao serviço da máquina de guerra, entre elas milhares de militares, as quais, apesar de não possuírem experiência ao nível da criação e direcção de empresas, viram na possibilidade de estabelecer negócios próprios através de um investimento reduzido e na facilidade de financiamento que era estimulada pelo governo, uma boa oportunidade para a aplicação do pequeno capital que possuíam e que desejavam investir.⁸

Ainda referido é o facto de a progressiva entrada da mulher no mundo do trabalho, com a inerente responsabilização profissional, que lhe impôs uma nova maneira de estar na vida, traduzida no gradual abandono do seu papel de “fada do lar”, ter proporcionado o aparecimento de oportunidades de negócio nas áreas ligadas à satisfação das necessidades que ela até aí assegurava, como a confecção de refeições e outras tarefas domésticas⁹.

A franquia viria a expandir-se, de seguida, para a Europa¹⁰, primeiro através da implantação de empresas americanas, que exploraram o mercado europeu recorrendo a

⁶ *Estereotipos de Género en la Publicidad de la Segunda República Española: Crónica y Blanco y Negro*, FCI/UCM, Madrid, 2002, pág. 264.

⁷ THIERRY DE HALLER, *Le contrat de franchise en droit suisse*, Imprimeries Populaires, Lausanne, 1978, págs. 17 e segs., fala da explosão do franchising, ou “franchising boom”, que se seguiu ao final da II Guerra Mundial.

⁸ GALLEGOS SÁNCHEZ, *La Franquicia*, Editorial Trivium, Madrid, 1991, pág. 20.

⁹ PAULO LOPES PORTO e SANTIAGO BARBADILLO DE MARIA, *Franchising Passo a Passo*, cit., pág. 18.

¹⁰ Saliente-se, contudo, que, como refere ANA PAULA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) – No Direito Interno e no Direito Internacional*, cit., pág. 36, “Esta “exportação não foi feita sem que se procedesse a algumas adaptações resultantes das especificidades da sociedade e cultura europeias, mais que da economia”,

franquiados locais e, mais tarde, pela celebração de contratos em que as partes eram ambas europeias.¹¹

O desenvolvimento da franquia no continente europeu tem sido acelerado, principalmente desde o início os anos 70 do século passado¹². Todas as estatísticas o comprovam. De acordo com instituições como a International Franchising Association ou a European Franchise Federation, a indústria da franquia tem vindo a crescer rapidamente, estimando esta última que existam em funcionamento na União Europeia 8500 marcas distintas de franquia, sendo que, delas, cerca de 80% teve origem nos países que a integram. De acordo com a EFF, na última década, a franquia foi a responsável por receitas na venda a retalho superiores a 1 trilião de dólares¹³.

Em Portugal, a franquia apenas surgiu no decorrer da década de oitenta do século passado¹⁴. A introdução deste método de comercialização no nosso país costuma ser associada às transformações económicas entretanto ocorridas, que proporcionaram um generalizado aumento do poder de compra. Essa realidade, aliada aos apoios ao investimento estrangeiro, fez disparar o aparecimento de novos espaços comerciais vocacionados para um comércio de qualidade, os centros comerciais, que por sua vez fizeram surgir novos hábitos de consumo.

De acordo com o Instituto de Informação em Franchising, IP, o censo respeitante ao ano de 2008 revelou que o sector do franchising representou 3,1% do PIB, com um volume de negócios de mais de 5000 milhões de euros, e 1,3% do emprego¹⁵.

As razões que explicam o sucesso da franquia prendem-se com as vantagens que dela resultam para os contraentes (um modo eficaz e financeiramente apelativo de o franquiador

pelo que se fala de franchising “à americana” e “à europeia”, tendo o primeiro “como elementos característicos, no plano jurídico, a sua identificação com uma forma de concessão de licença comercial (que incluiria a marca de produtos e os meios para os comercializar) e, no plano económico, a sua identificação com uma espécie de *engineering* e de comercialização de uma ideia, isto é, o marketing da ideia, ao passo que na Europa “as empresas teriam recorrido ao franchising mais por necessidade ou intuição do que por imitação da prática americana”.

¹¹ ANA PAULA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) – No Direito Interno e no Direito Internacional*, cit., pág. 20.

¹² Vide PHILIPPE BESSIS, *Le Contrat de Franchising*, LGDJ, Paris, 1990, pág. 10, relativamente ao caso francês.

¹³ Consultado em <http://www.franchiseeurope.com> em 08/05/2010.

¹⁴ O ano de 1987 é apontado como o “ano de ouro” no desenvolvimento da franquia em Portugal, com a instalação no mercado português das “principais cadeias de franchising a nível mundial”, PAULO LOPES PORTO e SANTIAGO BARBADILLO DE MARIA, *Franchising Passo a Passo*, cit., pág. 29; vide também M. BARATA SIMÕES, *Franchising, franquia, inovação e crescimento*, cit., pág. 75, que informa terem os primeiros casos de franquia ocorrido nas áreas da indústria (Coca Cola, Yoplait) e dos serviços (Manpower, Avis).

¹⁵ Consultado em <http://www.negocioefranchising.pt/> em 08/05/2010.

expandir os seus negócios; uma oportunidade para quem pretenda iniciar uma actividade económica com um risco reduzido, beneficiando da comprovada experiência e organização empresarial de outrem), mas ainda para os consumidores (o aumento da qualidade dos bens e serviços e a eventual redução dos preços)¹⁶.

2. Modalidades do contrato de franquia

O sucesso da franquia tem originado não apenas o seu desenvolvimento, mas também o interesse no seu estudo e na classificação das modalidades que pode assumir.

A classificação operada pelo Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias no Acórdão de 28/01/1986 e que foi posteriormente adoptada no Regulamento (CEE) nº 4087/88, da Comissão, de 30/11/1988, é aquela que tem merecido aceitação praticamente unânime na doutrina, embora seja certo que outras classes de franquias são habitualmente referidas, consoante o critério utilizado na respectiva análise.

Assim, ao elenco dos tipos de franquia distinguidos no acórdão do TJCE e acolhidos no Regulamento 4087/88, que são a franquia de serviços, a franquia de produção ou industrial e a franquia de distribuição, cuja classificação é feita tendo em conta o critério da actividade económica objecto do contrato, outras modalidades têm sido referidas consoante os critérios utilizados, que podem ir desde o da evolução do conceito, ou histórico-económico, passando pelo da relação que se estabelece entre o franquizador e o franquiado, pelo da dimensão do negócio, ou pelo dos direitos que se outorgam, entre outros.

O grande número de modalidades reportadas aos critérios atrás mencionados tornaria fastidiosa uma descrição completa das mesmas, pelo que optamos por nos referir apenas a algumas das que são mais frequentemente citadas.

2.1. Franquia de produção ou industrial

É o contrato pelo qual a empresa franquidora cede a uma empresa franqueada, normalmente localizada em zona próxima da área onde se pretendem vender os bens

¹⁶ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) – Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*, Livraria Almedina, Coimbra, 2001, pág. 15; ISABEL ALEXANDRE, “O Contrato de Franquia (Franchising)”, in *O Direito*, cit., pág. 325.

produzidos, uma patente e o know-how técnico necessário para o fabrico de produtos que comercializará sob a marca da primeira.

Esta modalidade de franquia supõe a concessão de licenças de fabrico baseadas em patentes e/ou know-how, e de marca (Regulamento (CEE) nº 4087/88, de 30 de Novembro, considerando 4), assim como uma muito complexa relação entre os contraentes, traduzida na transmissão não apenas dos conhecimentos tecnológicos necessários para o fabrico dos bens como ainda dos métodos de organização e de gestão, técnicas de vendas, etc..

Ou seja, na franquia industrial, o que se pretende com a celebração do contrato vai para além da mera produção e comercialização de bens sob a utilização de uma determinada marca. O que com ele se visa é antes a repetição de um negócio de sucesso que é objecto da franquia, processo para o qual concorre todo um completo modelo de exploração empresarial, no qual se contemplam outros elementos para além da transmissão de direitos de propriedade industrial e de utilização de marcas.

Por outro lado, embora se trate de um contrato celebrado entre empresas do sector industrial, o aspecto comercial da colaboração está também presente, na medida em que o franquiado produz os bens que, de seguida, vende sob a marca do franquiador¹⁷.

A opção dos franquiadores por este tipo de franquia tem sido explicada pela necessidade de os mesmos não apenas evitarem custos de transporte que estariam associados à franquia de distribuição como ainda de canalizarem para a tecnologia, investigação e marketing os recursos que, de outro modo, estariam obrigados a investir em unidades produtivas¹⁸.

Não obstante a projecção de alguns exemplos da franquia de produção ou industrial, como são a Yoplait e, principalmente, a Coca-Cola, esta é das modalidades que menos difundida se encontra, o que pode ser explicado pela circunstância de este ser habitualmente considerado o modelo de franquia que mais elevados riscos comporta para o franquiador, quer pelos eventuais atentados à reputação da marca causados por falhas na qualidade dos produtos fabricados, quer sobretudo pela transferência de tecnologia operada para o franquiado, a qual PHILIPPE LE TOURNEAU considera constituir “o risco estratégico” da “criação de um concorrente”.¹⁹

¹⁷ ROBERTO BALDI, *Il Contratto di Agenzia, La Concessione di Vendita, Il Franchising*, cit., pág. 182.

¹⁸ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 213.

¹⁹ *Le Franchisage*, Economica, Paris, 1994, pags. 26 e segs.

2.2. Franquia de serviços

Este é o tipo de franquia com maior projecção e dinamismo, abarcando áreas tão diversas da actividade económica como a restauração, a hotelaria, o aluguer de viaturas, recrutamento de recursos humanos, lavagem de viaturas, limpeza de roupa a seco, entre muitas outras.

Na franquia de serviços o franquizador cede ao franquiado o direito de utilizar e comercializar uma fórmula original de prestação de serviços que desenvolveu e cuja eficácia ao nível da aceitação pelos consumidores está já demonstrada.

Por seu lado, no desenvolvimento da sua actividade e em conformação com as directrizes fixadas pelo franquizador, o franquiado oferece um serviço sob a insígnia, a denominação comercial e/ou outros sinais distintivos daquele, utilizando na respectiva prestação o know-how consubstanciado na fórmula que lhe foi transmitida.

É nesta modalidade que a “imagem da rede de franquia” está mais vulnerável, tendo em conta factores como a desactualização do saber-fazer ou, em especial, a actuação do franquiado.

Assim, é fundamental que tanto a actualização do know-how como a prestação de assistência sejam constantes, de modo a manter a utilidade da fórmula transmitida e obviar a situações de imitação da mesma, bem como a evitar a eventual tendência do franquiado para inovar à revelia do conhecimento da contraparte.

Além disso, é neste tipo de franquia que o franquizador menores hipóteses tem de controlar a actividade do franquiado, uma vez que aqui não se trata de vender ou produzir um bem cujo fabrico decorreu já sob a directa responsabilidade ou efectiva fiscalização daquele, mas antes da prestação de um serviço com o contacto directo e pessoal entre o cliente e o franquiado, ou seja, num contexto em que o comportamento inadequado deste último dificilmente é controlável pelo franquizador.

Motivo pelo qual, na franquia de serviços, o perfil intelectual e pessoal do franquiado assume, no processo de selecção, uma importância acrescida relativamente aos outros tipos.

2.3. Franquia de distribuição

Neste tipo de franquia, o franquiado limita-se a vender no seu estabelecimento, o qual ostenta a insígnia do franquizador, produtos que exibem a marca propriedade deste último²⁰.

Ou seja, não fora a existência do franquiado, tudo se passaria como se o estabelecimento correspondesse a mais um dos pontos de venda do franquizador.

Na franquia de distribuição o franquizador pode ser o produtor dos bens, para cuja distribuição criou uma rede de comercialização através de franquiados.

Mas pode igualmente ser apenas um empresário comercial, um grossista, que adquire produtos nos quais apõe a sua marca, criando uma “central de compras” que assegura o fornecimento desses bens a uma rede de franquiados de que dispõe para a respectiva distribuição^{21 22}.

Por outro lado, a franquizador produtor pode encarregar terceiros do fabrico dos produtos nos quais posteriormente apõe a sua marca e comercializa através da rede de franquiados que concebeu e instalou.

Embora se trate da modalidade de franquia relativamente à qual menor importância adquire a transmissão de know-how, este último aspecto terá, no entanto, que ser tido sempre em conta no desenvolvimento do contrato, pelo que o fornecimento de um know-how comercial experimentado deverá ter (e normalmente terá) sempre lugar.

2.4. Franquia principal (ou “master-franchising”)

Trata-se de um sistema muito utilizado quando o franquizador pretenda implantar a rede de distribuição no estrangeiro ou num espaço de grandes dimensões territoriais²³. Através da celebração de um contrato com um operador económico local, o franquizador outorga a este o direito de desenvolver, por norma com carácter de exclusividade, a rede de franquia que

²⁰ CARLOS OLAVO, “O Contrato de Franchising”, in *Novas perspectivas de Direito Comercial*, FDL-CEJ, Coimbra, 1988, pág. 166, entende que a marca pode ser aposta pelo franquiado, se lhe tiver sido concedida licença para tal, ou pelo próprio franquizador.

²¹ ROBERTO BALDI, *Il Contratto di Agenzia, La Concessione di Vendita, Il Franchising*, cit., pág. 151.

²² Para RIGOL GASSET, *La franquicia. Una estrategia de expansion*, EINIA, Barcelona, 1992, pág. 29, só nesta última situação se pode falar de franquia de distribuição, uma vez que entende que “uma franquia é de distribuição quando o franquizador não é o fabricante”. O Autor identifica como franquia de produção a primeira das hipóteses que referimos.

²³ BESCÓS TORRES, *Factoring y Franchising, Nuevas Técnicas de Dominio de los Mercados Exteriores*, Ediciones Pirâmide, Madrid, 1990, pág. 170 e JACQUES VIGNY, “*La distribution – Structures es pratiques*”, cit., pág. 39.

projectou para essa zona. Como salienta MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO²⁴, não estamos, neste caso, em presença de uma nova categoria de franquia, mas antes perante um contrato celebrado entre o franquizador e um terceiro, “cujo objecto é a celebração de verdadeiros contratos de franquia entre esse terceiro ou o franquizador e os franquizados”. Ou seja, no âmbito de tal contrato não cabem os franquizados, do mesmo modo que relativamente aos contratos celebrados entre estes e o terceiro não se contempla o franquizador.

O recurso ao “master-franchising” proporciona ao franquizador vantagens assinaláveis, na medida em que sendo essa actividade exercida por um operador local, com um conhecimento naturalmente mais profundo ao nível das características do mercado - designadamente as preferências dos consumidores - e também das regras jurídicas que conformam o exercício da actividade a desenvolver, factores a ter em especial consideração na selecção dos sub-franquiados e bem assim na especificidade do know-how a transferir, lhe permite alcançar uma quota de mercado mais rapidamente e com menores custos e riscos do que normalmente sucederia no caso de ser ele próprio a explorar a rede de franquia²⁵.

Obviamente que também lhe acarreta desvantagens. Desde logo os rendimentos em direitos de entrada e royalties são inferiores, uma vez que têm que ser repartidos com o franquiado principal. A perda de controlo directo dos subfranquiados e da respectiva actividade é, contudo, talvez a mais importante, na medida em que dela podem derivar efeitos nefastos para a imagem da rede de franquia. Para ultrapassar essa dificuldade deve o franquizador procurar manter contactos, ainda que esporádicos, com os subfranquiados, visando nomeadamente acompanhar os procedimentos tendentes ao respectivo recrutamento e instalação, assim como a aplicação do know-how transmitido²⁶.

2.5. *Franquia parcial (“franchise-corner”)*

Tal como o nome indica, a franquia parcial ocorre quando num estabelecimento tradicional se cria e desenvolve um espaço de franquia delimitado, onde se vendem produtos e/ou prestam serviços do franquizador e que apresente os elementos característicos da franquia,

²⁴ *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 230.

²⁵ FUENTES CAMACHO, “Los contratos internacionales de franquicia y el derecho internacional privado: una aproximación en clave de “acceso””, in *Anuário Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Iprolex, Madrid, 2001, pág. 134.

²⁶ M. BARATA SIMÕES, *Franchising, franquia, inovação e crescimento*, cit., pág. 70.

ou seja, a utilização da marca e demais sinais distintivos deste de acordo com os métodos e especificações por ele planeados.

Não obstante o que anteriormente se disse relativamente à preferência dos franquidores pela franquia global, a opção pela franquia parcial proporciona a vantagem de uma maior disseminação dos produtos objecto da franquia, na medida em que facilita a respectiva distribuição em locais onde não seria rentável a instalação de um estabelecimento de venda exclusivo²⁷.

3. Conceito

A inexistência, na maior parte dos ordenamentos jurídicos, de uma definição legal do contrato de franquia, abriu caminho a que a doutrina e a jurisprudência, mas também as associações representativas de franquidores ou de franquidos, procurassem captar a sua especificidade.

O elevado número de definições oferecidas não é, contudo, demonstrativo da existência de entendimentos substancialmente diversos relativamente aos elementos que conferem ao contrato de franquia um carácter único e distinto. De um modo geral, ao conceito de franquia são associados como elementos essenciais a cessão ou licença de utilização de direitos de propriedade industrial para comercializar produtos ou serviços e produzir bens num contexto de imagem uniforme, a transmissão de saber-fazer e a prestação constante de assistência técnica. É, aliás, possível constatar que a essencialidade desses elementos, nomeadamente de algumas das obrigações e direitos das partes, é unanimemente aceite.

Essa relativa identidade de entendimento tornaria fastidiosa uma descrição de algumas das definições recolhidas. Não obstante, arriscamos referir-nos a algumas delas, começando pela que foi desde logo avançada pelo direito comunitário.

No Regulamento nº 4087/88, da Comissão, de 30 de Novembro de 1988 – instrumento no qual não é abrangida a franquia industrial, por se considerar que nela estão em causa relações que se estabelecem entre produtores e que, portanto, apresentam características diferentes dos outros tipos de franquia (a de distribuição e a de prestação de serviços), na medida em que consistem em licenças de fabrico baseadas em patentes e/ou saber-fazer

²⁷ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 235.

técnico, acompanhadas e licenças de marca²⁸ – concebe-se o acordo de franquia como sendo o contrato em virtude do qual “uma empresa, o franquiador, concede a outra, o franquiado, mediante uma contrapartida financeira, directa ou indirecta, o direito de explorar uma franquia para efeitos de comercialização de determinados tipos de produtos e/ou serviços”²⁹.

Por sua vez, ainda de acordo com o referido diploma, franquia será “um conjunto de direitos de propriedade industrial ou intelectual relativos a marcas, designações comerciais, insígnias comerciais, modelos de utilidade, desenhos, direitos de autor, saber-fazer ou patentes, a explorar para a revenda de produtos ou a prestação de serviços a utilizadores finais”³⁰.

Ou seja, como se refere naquele Regulamento, os acordos de franquia consistirão, na perspectiva da Comissão, “essencialmente em licenças de direitos de propriedade industrial ou intelectual relativos a marcas ou insígnias e saber-fazer, que podem ser acompanhadas de restrições respeitantes ao fornecimento ou à compra de produtos”³¹.

A doutrina tem apontado algumas críticas a esta concepção de franquia, as quais nos parecem de sufragar tendo em conta o entendimento, que também temos por mais adequado, de que a franquia é mais que uma mera utilização autorizada de direitos de propriedade industrial ou intelectual. Esta concepção de contrato de franquia fornecida pela Comissão mostra-se pelo menos limitada, na medida em que a autorização dessa utilização de direitos sobre bens imateriais não basta para preencher a finalidade da franquia, que é a reprodução, levada a cabo pelo franquiado, do modelo de empresa do franquiador.

A própria Comissão terá atentado em tal insuficiência, ao estabelecer como essenciais do contrato elementos que não podem ser identificados como direitos sobre bens imateriais, sejam a apresentação uniforme das instalações e a assistência comercial ou técnica prestada pelo franquiador ao franquiado durante a vigência do contrato³².

²⁸ Vide a análise crítica sobre esta exclusão, efectuada por JUAN IGNACIO RUIZ PERIS, *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*, Civitas, Madrid, 1991, pág. 99 e ss.

²⁹ Cfr. art. 1º, nº 3, alínea b).

³⁰ Cfr. art. 1º, nº 3, alínea a).

³¹ Cfr. Considerando 2.

³² Cfr. art. 1º, nº 3, alínea b). Cfr. JUAN IGNACIO RUIZ PERIS, *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*, cit., pág. 104 e ss.

O objecto do contrato de franquia é, assim, mais do que a outorga ao franquiado, por parte do franquiador, do direito de utilizar os bens que nele são identificados, nomeadamente os sinais distintivos e o saber-fazer, no desenvolvimento da sua actividade.

Trata-se antes da cessão de um conjunto de elementos patrimoniais, dotado de uma especial organização que lhe imprimiu o franquiador, em cujo elenco se incluem, além dos direitos sobre bens imateriais já referidos³³, outros de índole diversa mas que são igualmente caracterizadores do negócio, como sucede com a formação, assistência técnica, as técnicas produtivas ou de marketing e todo um manancial de experiência e conhecimentos adquiridos pelo franquiador durante a construção do negócio de sucesso³⁴.

O objecto do contrato de franquia consiste, pois, na cessão do uso de um modelo de negócio completo, de todo um sistema de identificação, organização e modo de operar a empresa, o qual representa a “clonagem” de um modelo de empresa próprio do franquiador³⁵, pronto a ser reproduzido³⁶ pelo franquiado no exercício da respectiva actividade³⁷.

³³ Os quais constituem o “cimento contratual da franquia”, como refere CATALINA RUIZ-RICO RUIZ, *El Contrato de Franquicia y sus Limites Jurídicos, Problemática Actual*, Tirant lo Blanch, Valência, 2008, pág. 63.

³⁴ Neste sentido, vide o Ac. RL de 27/09/2007, Proc. 6592/2007 (Relator: Desembargador Carlos Valverde), disponível em <http://www.dgsi.pt/>, no qual se refere que “A obrigação principal do franquiador é a da comunicação de um saber-fazer ao franquiado, que não se esgota na disponibilização dos conhecimentos técnicos de fabricação ou de promoção e venda de um determinado produto, abarcando todas as incidências próprias da gestão de empresas e, logo, as informações disponíveis sobre a realidade económico-financeira do respectivo mercado e as condições de prossecução e evolução da actividade económica proposta ao franquiado.” Em sentido contrário, vide MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 150, que considera dever a noção de franquia “ser determinada não em função dos elementos que produziram o êxito da empresa, mas antes de todos os elementos imateriais que produziram e são necessários à manutenção do êxito da marca dos produtos e/ou serviços em causa”. Vide também AURORA HERNANDO GIMÉNEZ, *El Contrato de Franquicia de Empresa*, Civitas, Madrid, 2000, pág. 158, Autora que considera que seja qual for a modalidade de franquia, o elemento real objecto da “entrega” assumida pelo franquiador consiste num conjunto de bens que podem ser de natureza corporal ou incorporeal, sendo contudo evidente que quaisquer que sejam esses bens, eles são determinados e organizados pelo franquiador previamente a essa transmissão.

³⁵ “Clonagem” não da imagem física do negócio do franquiador, mas antes do seu modelo empresarial, no qual se consubstancia a franquia. Este parece ser um entendimento facilitador da compreensão da franquia industrial, na medida em que a existência desta pode ocorrer sem que se haja (e na maior parte das situações isso assim sucederá) a reprodução daquela imagem física. Como defende ALEXANDRE LIBÓRIO PEREIRA, “Da Franquia de Empresa (Franchising)”, in *BFDUC*, cit., págs. 273, na franquia, “o franquiador concede ao franquiado a exploração de uma empresa que existe em potência, a qual se concerte em acto ao ser posta em funcionamento pelo cumprimento do contrato” por via do qual se dá a “clonagem de empresas” ou, “por outras palavras, o estabelecimento do franquiado é uma encarnação da empresa do franquiador”.

³⁶ DIDIER FERRIER, *Droit de La Distribution*, Litec, Paris, 1995, pág. 317, inclui, de resto, o contrato de franquia na categorizados “acordos de reiteração”.

³⁷ Valerá a pena transcrever, a propósito, os pontos 136 e 137 do preâmbulo do Código Comercial de Macau, aprovado pelo DL n.º 44/99/M, de 3 de Agosto e entrado em vigor em 01/11/1999, no qual é tipificado o contrato de franquia, cujo regime jurídico consta nos seus arts. 679.º e segs.. Escreve-se, então o seguinte, relativamente ao contrato de franquia: “136. Põe-se o acento tónico do contrato na empresa do franquiador, que é erigida em modelo daquilo que através do contrato se propõe. Não se trata apenas de facultar o uso de sinais distintivos, mascas nomeadamente, tão pouco de proporcionar um determinado saber-fazer (Know-How), ou até a

Aliás, já em 1987 o Departamento de Comércio dos EUA classificou a franquia de formato empresarial, ou “business format franchising”, como algo “caracterizado por uma relação empresarial contínua entre o franquizador e o franquiado, que compreende não apenas o produto, o serviço ou a marca comercial, mas todo o formato empresarial em si mesmo (que incluiria também a estratégia e planificação de marketing, manual e normas de exploração, controlo de qualidade, etc.)”³⁸.

E o Tribunal de Justiça Europeu, no célebre caso PRONUPTIA, afirmou que a franquia, “mais do que um modo de distribuição, trata-se de uma maneira de explorar financeiramente, sem comprometer capitais próprios, um conjunto de conhecimentos”.

Isso mesmo resulta da quase totalidade das definições conhecidas.

No Código de Deontologia Europeu do Franchising, define-se franquia como sendo “um sistema de comercialização de produtos e/ou serviços e/ou tecnologias, baseado numa estreita e contínua colaboração entre empresas jurídica e financeiramente distintas e independentes, o franquizador e os seus franquiados, através do qual o franquizador concede aos seus franquiados o direito, e impõe a obrigação, de explorar uma empresa de acordo com o seu conceito”.

E a International Franchise Association (associação americana de franquizadores) define-a como constituindo “uma relação contratual entre o franquizador e o franquiado, pela qual o primeiro proporciona ou obriga-se a manter um interesse continuado no negócio do segundo, em áreas como o conhecimento e experiência sobre o produto (saber-fazer) e a formação; por seu lado o franquiado utiliza uma marca comercial e um sistema operativo que pertencem ou são controlados pelo franquizador, efectuando por sua conta um investimento de capital no negócio”³⁹.

A definição da Associação de Franchising Alemã considera que “... o franquiado há-de proceder à exploração do denominado “pacote” de franquia, o qual consiste num projecto de fornecimento, vendas e organização, a utilização de direitos protegidos, a formação do

assistência técnica inerente, mas verdadeiramente a imagem empresarial do franquizador, com tudo o que isso implica; 137. O franquiado pretende exercer uma empresa em tudo idêntica à do franquizador, não apenas do ponto de vista formal, mas também material. Daí a consagração da obrigatoriedade de um contacto permanente do franquizador com o franquiado, a contínua actualização do franquiado quanto aos novos métodos, técnicas, etc.”.

³⁸ Cfr. AURORA HERNANDO GIMÉNEZ, *El Contrato de Franquicia de Empresa*, cit., pág. 537, nota 105.

³⁹ Tradução retirada de MARTIN MENDELSON, *(The Guide to Franchising) Guia Prática de La Franquicia*, trad. de Rafael Barrena, 4ª ed., Bilbao, 1989, pág. 23.

franquiado e o compromisso do franquiador de ajudar activa e pontualmente a desenvolver o projecto de forma continuada. O franquiado actua em seu próprio nome e por sua conta, tendo o direito e o dever de utilizar o “paquete” de franquias contra uma remuneração”⁴⁰.

Na doutrina e na jurisprudência, encontramos definições que, não obstante a diferente construção literal, são substancialmente coincidentes.

Assim, ALDO FRIGNANI afirma que o “franchising” pode ser definido como “um sistema de colaboração entre um produtor de bens ou um oferente de serviços e um distribuidor, jurídica e economicamente independentes um do outro, mas vinculados a um contrato em virtude do qual o primeiro concede ao segundo a faculdade de fazer parte da sua cadeia de distribuição, com o direito de disfrutar, sob certas condições e mediante o pagamento de uma quantia em dinheiro, de patentes, marcas, nome, insignia comercial ou até de uma simples fórmula ou segredo comerciais que lhe pertencem”⁴¹.

JEAN-MARIE LELOUP prefere definir a franquias como “o contrato sinalagmático pelo qual uma empresa, denominada franquiador, concede a uma ou várias outras empresas, os franquiados, o direito de renovar, sob a insígnia do franquiador, com o apoio dos seus sinais atractivos de clientela e da sua assistência contínua, o sistema de gestão previamente experimentado pelo franquiador, o qual, graças à vantagem competitiva que oferece, permite a um franquiado diligente desenvolver um negócio rentável”⁴².

Em Espanha, ENRIQUE DÍEZ DE CASTRO define franquias como sendo “um sistema de cooperação entre empresas diferentes, ligadas por um contrato em virtude do qual uma delas – o franquiador – outorga à outra (ou outras), denominadas franquiados, em troca de contraprestações financeiras, o direito de explorar uma marca e/ou uma fórmula comercial materializada em sinais distintivos, assegurando-lhe ao mesmo tempo a ajuda técnica e os serviços regulares necessários destinadas a facilitar essa exploração enquanto durar o contrato”⁴³.

Entre nós, PINTO MONTEIRO define a franquias como “o contrato mediante o qual o produtor de bens e/ou serviços concede a outrem, mediante contrapartidas, a comercialização do seus bens, através da utilização da marca e demais sinais distintivos do primeiro e em

⁴⁰ Cfr. AURORA HERNANDO GIMÉNEZ, *El Contrato de Franquicia de Empresa*, cit., pág. 537, nota 103..

⁴¹ *Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital, Concorrenza*, 3ª edição, G. Giappichelli-Editore, Turim, 1987, pág. 58.

⁴² *La Franchise, Droit et Pratique*, 2ª edição, Delmas, Paris, 1991, pág. 26.

⁴³ *El Sistema de Franquicia, Fundamentos Teóricos y Prácticos*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2005, pág. 30.

conformidade com o plano, método e directrizes prescritas por este, que lhe fornece conhecimentos e regular assistência”⁴⁴.

Na jurisprudência, citaremos a definição dada pelo STS espanhol de 27/09/1996, de acordo com a qual o contrato de franquia é aquele que é celebrado por duas partes jurídica e economicamente independentes, em virtude do qual uma delas, o franquizador, outorga à outra, o franquiado, o direito de utilizar sob determinadas condições de controlo e por tempo e zona delimitados, uma técnica na actividade industrial e comercial ou de prestação de serviços do franquiado, contra a entrega por este de uma prestação económica”⁴⁵.

E em Acórdão do STJ de 05/03/2009, definiu-se a franquia “como sendo o acordo mediante o qual o franquizador concede ao franquiado, mediante determinada contrapartida monetária, a utilização, em determinada área geográfica, de marcas, nomes, insígnias comerciais, processos e fabrico e técnicas comerciais que estão presentes na negociação pelo franquiado dos bens adquiridos ao franquizador”⁴⁶.

Utilizando os ensinamentos retirados das definições acabadas de referir, entendemos que através do contrato de franquia, um empresário, possuidor de um produto, serviço ou processo produtivo específicos, identificados por uma marca própria com evidente aceitação no mercado, concede a um outro empresário, mediante contrapartidas, o direito de, utilizando para o efeito a mesma fórmula ou conceito empresarial, produzir e/ou comercializar esses produtos ou serviços singulares.

4. Caracterização do contrato de franquia

4.1. Contrato atípico/socialmente típico

Os contratos atípicos são aqueles que as partes, ao abrigo do princípio da liberdade contratual, criam fora dos modelos traçados e regulados na lei⁴⁷. Ou, como simplesmente afirma PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, “os contratos atípicos são os que não são típicos”^{48 49}.

⁴⁴ *Contratos de Distribuição Comercial*, 2ª reimp., Livraria Almedina, Coimbra, 2004, pág. 120.

⁴⁵ Citado por JOSÉ FERNÁNDEZ SEJO, “Contratos mestizos”, problemática de los contratos vinculados al de agencia, distribución y franquicia, in *Contrato de agencia, distribución y franquicia, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pág. 408.

⁴⁶ Relator: Conselheiro Alberto Sobrinho, disponível em <http://www.dgsi.pt/>

⁴⁷ Cfr. ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2003, pág. 274.

⁴⁸ *Contratos Atípicos*, reimp. 1ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2002, pág. 207.

Um contrato define-se como típico quando inclui esquemas contratuais que estão contemplados na lei e relativamente aos quais o direito objectivo proporciona uma regulação de carácter geral. Ou seja, serão típicos todos os contratos previstos e regulados no Código Civil, no Código Comercial ou em qualquer outra disposição legal.

Atípicos serão aqueles contratos que, apesar de não estarem legalmente reconhecidos e, desse modo, carecerem de regulação positiva, reúnem em si os requisitos essenciais da genérica figura contratual.

Assim sendo, o contrato de franquia, porque não tem regulamentação legal específica no ordenamento jurídico nacional, é um contrato legalmente atípico⁵⁰.

Os tipos contratuais têm, como se sabe, uma relação lógica com determinadas operações económicas. De facto, consoante cada uma dessas operações vá adquirindo importância no campo económico-social que o justifique, o legislador procede ao estabelecimento de um regime particular para a disciplinar, isto é, cria o tipo legal. O princípio da liberdade contratual, consagrado no art. 405º do Código Civil, proporciona às partes poderem celebrar contratos que não correspondam aos tipos definidos e qualificados na lei. Nestes casos, estaremos perante contratos atípicos, ou, nas palavras de ANTUNES VARELA, “a convenção negocial das partes navegará já no *gurgite vasto* dos contratos *atípicos ou inominados*”⁵¹.

⁴⁹ No âmbito da liberdade contratual, em que se insere o contrato de franquia, REMO FRANCESCELLI, “Natura giuridica della compravendita com esclusiva”, in *Rivista del Diritto commerciale e del diritto generale delle obbligazioni*, Parte I, 1939, apud MARIA HELENA BRITO, *Contrato de Concessão Comercial*, cit., pág. 148) há muito que classificou a atipicidade, distinguindo entre os negócios atípicos em sentido lato, nos quais inclui os negócios mistos, que define como os que são “compostos de partes que encontram a sua disciplina na lei, mas que não foi prevista pelo legislador a combinação num novo tipo negocial” e os negócios atípicos em sentido estrito, estes os “cujo fim é absolutamente novo, e não reconduzível a fins ou elementos legais”.

⁵⁰ ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos em las relaciones internas*, cit., pág. 106, colocou a questão do “actual carácter típico” do contrato, afirmando essa tipicidade com base na existência de regulamento comunitário sobre os acordos de franquia (ao tempo o Regulamento 4087/88, da Comissão), aplicável directamente nos ordenamentos jurídicos internos dos Estados-Membros e de a melhor doutrina internacional o considerar mesmo uma norma de direito interno e não obstante naquele Regulamento não se outorgar um regime completo do contrato. Autores há, no entanto, que consideram destinar-se aquele instrumento comunitário a estabelecer apenas regras relativas ao direito da concorrência e não à regulamentação material do contrato, razões pelas quais não pode servir para a tipificação legal. Vide AURORA HERNANDO GIMÉNEZ, *El Contrato de Franquicia de Empresa*, cit., pág. 545, nota 119.

Refira-se, a título de curiosidade, que o contrato de franquia (como o de concessão) encontra-se há já alguns anos tipificado no território de Macau (concretamente desde 1 de Novembro de 1999, ou seja, dois meses antes da passagem deste território a Região Administrativa Especial da República Popular da China), constando o respectivo regime nos arts. 679º e segs. (657º e segs. no que respeita ao contrato de concessão comercial) do Código Comercial de Macau.

⁵¹ *Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, pág. 275.

Há no entanto quem sustente que a atipicidade dos contratos pode ser referida não apenas aos tipos contratuais legais⁵². Assim, para além daqueles que têm essa qualidade por falta de regulação típica na lei, seriam também atípicos os contratos que carecessem de tal regulação típica quer na lei quer na prática⁵³.

E, como salienta o Autor citado, apesar de quando se fala de contratos atípicos raramente se fazer essa distinção, sendo que a referência que aos mesmos é feita quase sempre tem em vista os contratos legalmente atípicos, “há muitos tipos contratuais que estão consagrados na prática e não na lei”, não sendo “poucos os casos de contratos legalmente atípicos, que são socialmente típicos”⁵⁴.

É socialmente típico o contrato que, não obstante não tenha sido ainda objecto de consagração e regulação expressa pelo legislador, assume uma importância de relevo na realidade social pela função jurídico-económica unitária que exerce, exibindo um conjunto de traços distintivos comuns, que o tornam inequivocamente individualizável no tráfico jusempresarial dos nossos dias⁵⁵, sendo admitidos e protegidos pelo ordenamento jurídico com fundamento na autonomia privada e contando com reconhecimento social⁵⁶.

O contrato de franquia é um caso paradigmático do contrato legalmente atípico mas socialmente típico. Não está expressamente regulamentado na lei⁵⁷. Não obstante, trata-se de um contrato que desempenha uma função económico-social de indubitável importância, tendo em conta a crescente difusão que tem conhecido ao longo das últimas décadas e o enorme relevo que assume na prática negocial dos nossos dias.

⁵² MARIA HELENA BRITO, *Contrato de Concessão Comercial*, cit., págs. 169, considera que apenas se poderá falar de atipicidade relativamente aos contratos que não correspondam nem aos tipos legais nem aos tipos sociais aceites em determinada ordem jurídica. Vide, sobre a questão da tipicidade social, a abordagem da Autora a fls. 159 e segs.. Vide ainda MIGUEL GORJÃO-HENRIQUES, *Da restrição da concorrência na Comunidade Europeia: a franquia de distribuição*, Livraria Almedina, Coimbra, 1998, págs. 229 e segs..

⁵³ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, cit., pág. 207.

⁵⁴ PEDRO PAIS DE VASCONCELOS, *Contratos Atípicos*, cit., pág. 207. Vide também, neste sentido, EDUARDO CHULIA VICENT e TERESA BELTRAN ALANDETE, *Aspectos Jurídicos de los Contratos Atípicos*, Tomo I, *Factoring, Joint Venture, Tarjetas de Crédito, Franquicia y Know-how*, Jose Maria Bosch Editor, SA, Barcelona, 1992, pág. 12.

⁵⁵ ENGRÁCIA ANTUNES, “Os contratos de cooperação empresarial”, in *Scientia Iuridica*, cit., pág. 253.

⁵⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, *La Franquicia*, cit., pág. 61, considera que a franquia se trata de um conjunto de cláusulas que se identificam como um fenómeno social unitário, com independência da modalidade de que se trate.

⁵⁷ Vide, neste sentido, entre outros, PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 125, PESTANA DE VASCONCELOS, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, Livraria Almedina, Coimbra, 2000, pág. 20, MENEZES CORDEIRO, “Do contrato de franquia (“franchising”): autonomia privada versus tipicidade negocial”, in *ROA*, cit., pág. 74, ORESTE CAGNASSO, “La natura del contratto di franchising”, in *I Contratti Della Distribuzione Commerciale, La Disciplina Comunitaria, L'Ordinamento Interno*, cit., pág. 194. Em sentido contrário, considerando que o contrato de franquia é um contrato legalmente típico, vide ANA PAULA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) – No Direito Interno e no Direito Internacional*, cit., pág. 66.

4.2. Contrato oneroso

Estamos em presença de um contrato oneroso sempre que nele se verifiquem atribuições patrimoniais de ambos os contraentes, existindo entre essas prestações, na perspectiva de cada um dos contratantes, um nexó ou relação de corresponsividade.

Essa correspondência nas contrapartidas significa que a prestação de cada uma das partes encontra a sua razão de ser na contraprestação da outra. Isso não significa, contudo, que tenha que haver equivalência, do ponto de vista objectivo, entre as prestações⁵⁸. O que releva é a avaliação subjectiva, feita por cada um dos contraentes, ou, mais do que tal avaliação, “a vontade, o intento das partes”⁵⁹.

Não há dúvidas de que o contrato de franquia é um contrato oneroso, na medida em que quer o franquizador (que autoriza a utilização dos seus sinais distintivos, transmite saber-fazer e presta assistência técnica) quer o franquiado (que paga o direito de entrada na rede e os royalties) fazem atribuições patrimoniais que consideram respectivamente retribuídas ou contrabalançadas pela atribuição da contraparte.

4.3. Contrato de adesão

Não obstante a existência da negociação que conduz à celebração do contrato de franquia, este costuma ser classificado por grande parte da doutrina como um contrato de adesão⁶⁰.

⁵⁸ Não obstante o art. 237º do Código Civil disponha que, quando haja dúvidas de interpretação de um contrato oneroso, prevalece o sentido “que conduzir ao maior equilíbrio das prestações”.

⁵⁹ MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005, pág. 401. Como sabiamente ensinou MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 9ª reimp., Livraria Almedina, Coimbra, 2003, pág. 5, a relação entre as duas prestações ou vantagens “não se determina pelo chamado valor real, objectivo, comum ou usual das prestações, isto é, pelo valor que têm *para toda a gente* – o seu valor *normal* de troca, no tempo e no lugar considerado. Releva também para o efeito o valor *especial* que elas têm para as partes, em virtude de qualquer razão de ordem económica ou até de ordem moral. E tudo isto segundo a estimativa das partes”.

⁶⁰ ELSA VAZ DE SEQUEIRA, “Contrato de franquia e indemnização de clientela”, in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Brito de Almeida Costa*, cit., pág. 450; ISABEL ALEXANDRE, “O Contrato de Franquia (Franchising)”, in *O Direito*, cit., pág. 373 e segs.; JANUÁRIO GOMES, Contrato de Franquia (Franchising), in *Revista do Comércio*, cit., pág. 30; MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, cit., pág. 520; ANDRADE MESQUITA, “Notas acerca do contrato de franchising”, in *Boletim do Conselho Nacional do Plano*, nº 14, 1988, 227 e segs.; ENRIQUE GUARDIOLA SACARRERA, *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, cit., pág. 248; GALLEGO SÁNCHEZ, *La Franquicia*, cit., págs. 90 e segs.; DOMINGUEZ GARCIA, “Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor”, in *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1985, págs. 430 e segs..

O que caracteriza o contrato de adesão é o facto de ser uma das partes que formula prévia e unilateralmente o conjunto das cláusulas negociais (no comum dos casos fazendo-as constar de um impresso ou formulário) que a outra parte aceita, mediante a adesão ao modelo ou impresso que lhe é apresentado, ou rejeita, não sendo possível modificar o ordenamento negocial apresentado. Tais contratos são, em regra, concluídos através da aceitação de cláusulas previamente redigidas para todos os contratos que a empresa venha a celebrar no futuro, as quais são, por esse facto, apelidadas de “cláusulas contratuais gerais”⁶¹ ⁶².

Ora, na franquia, o que sucede quase sempre é que as cláusulas do contrato que o franquiado celebra com o franquiador são previamente concebidas por este último de modo a conformarem-se com os objectivos de expansão da actividade por si traçados e que são o resultado do estudo de um conjunto das circunstâncias em que essa expansão lhe interessa, nomeadamente determinando que obrigações que aceita assumir e quais os direitos de que não pretende abdicar⁶³.

É esse conjunto de cláusulas (de cláusulas contratuais gerais⁶⁴) que integra o contrato que é apresentado a quem pretenda integrar a rede de franquia. O franquiado não tem a possibilidade de negociar, em concreto, cada uma das estipulações apresentadas. Apenas lhe é permitido aceitá-las ou rejeitá-las, sempre na sua totalidade.

Aliás, muito poucas vezes o franquiado estará em condições de discutir capazmente os termos do contrato que pretende celebrar, principalmente por lhe faltar a indispensável experiência negocial.

⁶¹ MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pág. 113. CANDIDO PAZ-ARES, “La terminación de los contratos de distribución”, in *Advocatus*, nº 8, FDUL, Lima, 2003, pág. 48, alerta para a não correspondência entre a noção fáctica de formulário e a noção jurídica de cláusula contratual geral, explicando que o primeiro se refere a um modelo predisposto e a segunda à inexistência de consentimento efectivo sobre a cláusula.

⁶² ALMENO DE SÁ, *Cláusulas contratuais gerais e directivas sobre cláusulas abusivas*, 2ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2001, pág. 212, define, em termos sintéticos, “cláusulas contratuais gerais” como sendo “estipulações predispostas em vista de uma pluralidade de contratos ou de uma generalidade de pessoas, para serem aceites em bloco, sem negociação individualizada ou possibilidade de alterações singulares”.

⁶³ ANDRADE MESQUITA, “Notas acerca do contrato de franchising”, in *Boletim do Conselho Nacional do Plano*, cit., pág. 228.

⁶⁴ Quando classificamos o contrato de franquia como contrato de adesão temos em mente referir-mo-nos ao contrato que é celebrado na base de cláusulas contratuais gerais, isto é, de cláusulas que integram um formulário contratual, unilateralmente elaborado e proposto sem negociação prévia, que se destina a um universo indeterminado de eventuais contraentes. O contrato de adesão pode, contudo, ser celebrado uma única vez entre dois sujeitos.

Não obstante se reconheça que nesta forma de contratar pode a parte impossibilitada de determinar o conteúdo do contrato correr riscos consideráveis⁶⁵, há quem, como nós, compreenda que deve entender-se como lógica e até necessária a posição assumida pelo franquiador relativamente à pré-fixação dos termos do contrato. Convém relembrar que através da franquia se visa criar e manter uma rede homogénea. E que a prossecução desses objectivos exigirá por certo a uniformidade ou, pelo menos, a ausência de diferenças substanciais no tratamento dos respectivos membros, sob pena de se criarem situações de diversa motivação entre os franquiados, que ponham em causa o bom funcionamento da rede de franquia, bem como de se gerarem conflitos entre estes e o franquiador. Não esquecendo que desse bom funcionamento beneficiam quer o franquiador quer o franquiado⁶⁶.

4.4. *Contrato misto/complexo*

O contrato de franquia reúne em si, como vimos já, uma pluralidade de obrigações de natureza diversa, cada uma delas identificadora de um determinado tipo negocial, ou seja, concorrem no interior dessa formação contratual normas regulamentadoras procedentes de regimes legais de diversos contratos típicos. De facto, é patente que nele se vislumbram o contrato de transferência de saber-fazer, o contrato de assistência técnica, a licença de exploração de sinais distintivos de empresa e o contrato de fornecimento exclusivo.

Por esse motivo, a doutrina⁶⁷ costuma classificá-lo como um contrato misto⁶⁸. Pressuposto do surgimento do problema dos contratos mistos é a regulamentação legal, total ou parcial, de dois ou mais contratos cujos elementos se acham reunidos no mesmo negócio⁶⁹.

⁶⁵ Riscos que podem, contudo, ser afastados se o franquiador cumprir o seu dever de fornecer ao franquiado, antes da celebração do contrato, uma sua minuta, a fim de que este possa recorrer a quem esteja habilitado a elucidá-lo sobre o respectivo conteúdo e consequências advenientes, permitindo ao franquiado tomar consciência dos direitos e obrigações ao mesmo inerentes.

⁶⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, *La Franquicia*, cit., pág. 90; ENRIQUE DíEZ DE CASTRO, *El Sistema de Franquicia, Fundamentos Teóricos y Prácticos*, cit., pág. 342; PAULO LOPES PORTO e SANTIAGO BARBADILLO DE MARIA, *Franchising Passo a Passo*, cit., pág. 76.

⁶⁷ Vide, neste sentido, entre muitos outros, PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 125, ALDO FRIGNANI, *Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital, Concorrenza*, cit., pág. 97 e segs., MARTÍNEZ SANZ, “Contratos de Distribución Comercial: Concesión Y Franchising”, in *Scientia Iuridica*, Tomo XLIV, nºs 256/258, Braga, 1995, pág. 359, PEREIRA BARROCAS, “O Contrato de “Franchising”, in *ROA*, cit., 131, ISABEL ALEXANDRE, “O Contrato de Franquia (Franchising)”, in *O Direito*, cit., pág. 356.

⁶⁸ ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, cit, pág. 279, define contrato misto como sendo aquele “no qual se reúnem elementos de dois ou mais negócios, total ou parcialmente regulados na lei”, distinguindo nele três modalidades: os contratos combinados, em que a prestação global de uma das partes se compõe de duas ou mais prestações, integradoras de contratos típicos diferentes, enquanto a outra se vincula a uma prestação unitária; os contratos de tipo duplo, em que uma das partes se obriga a uma prestação de certo tipo contratual, mas a

Uma parte considerável da doutrina⁷⁰ prefere, contudo, classificar o contrato de franquia como contrato complexo⁷¹. Esta qualificação procura concretizar um contrato com um âmbito mais vasto do que o contrato misto, na medida em que admite na sua composição elementos não apenas de negócios típicos como também atípicos⁷².

Como refere ECHEBARRÍA SÁENZ⁷³, tendo em conta que a interrelação dos vários elementos típicos que se justapõem e adicionam no contrato de franquia altera o efeito de cada um deles *de per se*, criando uma causa de contratar única e diferenciada, dever-se-á falar “mais de contrato complexo do que de contrato misto”.

De facto, o contrato de franquia não consiste unicamente num repositório de obrigações contratuais reguladas em diversos regimes legais. Integrando um conjunto de elementos de natureza heterogénea pertencentes a distintos tipos contratuais, aparentemente autónomos, ele é, porém, o resultado de mais do que a mera consideração individual de cada um desses elementos. É a consequência da interrelação que se estabelece entre esses elementos e outros que por si só não são aptos a caracterizar um qualquer contrato, da qual resulta uma amálgama que enforma uma verdadeira nova espécie contratual, distinta daquelas que integram o conjunto se consideradas separadamente.

A combinação do conjunto de prestações que completam o contrato de franquia é moldada de acordo com as finalidades impostas ao mesmo. Assim, se com ele apenas se

prestação da contraparte pertence a um diferente tipo contratual; os contratos mistos em sentido estrito, em que o contrato de certo tipo é um meio ou instrumento de realização de um outro contrato.

⁶⁹ FRANCISCO DE BRITO PEREIRA COELHO, *Contratos complexos e complexos contratuais*, FDUC, Coimbra, 2008, pág. 284.

⁷⁰ ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos en las relaciones internas*, cit., pág. 107; ROBERTO BALDI, *Il Contratto di Agenzia, La Concessione di Vendita, Il Franchising*, cit., pág. 157; GALLEGÓ SÁNCHEZ, *La Franquicia*, cit., pág. 79.

⁷¹ De acordo com FRANCISCO DE BRITO PEREIRA COELHO, *Contratos complexos e complexos contratuais*, cit., pág. 3, nota 8, as mais das vezes, os autores reconduzem a ideia de “contrato complexo” à de contrato misto ou, diversamente, à de complexo de contratos coligados, dando o exemplo da jurisprudência italiana, a qual a partir da década de sessenta (e mais acentuadamente da de setenta) do século passado tem vindo a pronunciar-se no sentido da fungibilidade das expressões “contrato misto” e “contrato complexo”. O Autor fala, aliás, de duas formas de negócios complexos: aqueles cuja “complexidade” decorre da circunstância de convocarem a aplicação de regimes legais correspondentes a diversos negócios típicos, embora se trate de estruturas negociais aparentemente unitárias (os contratos mistos, de acordo com o Autor); e aqueles cuja “complexidade” decorre da aparente existência de diversas estruturas negociais dentro da mesma formação negocial complexa (segundo o Autor, os contratos “coligados” ou “conexos”).

⁷² ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos en las relaciones internas*, cit., pág. 107, refere-se a estes últimos como elementos não idóneos para por si mesmo caracterizar um negócio, como seria o direito de controlo exercido pelo franquizador.

⁷³ *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos en las relaciones internas*, cit., pág. 107. MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, cit., pág. 517, considera-o como sendo “o mais variável e mais complexo dos contratos de distribuição”.

visasse desenvolver uma actividade de comercialização ou distribuição de bens ou a prestação de determinados serviços, não seria difícil encontrar nos esquemas contratuais tipificados uma figura à qual o reportar. No entanto, a franquia visa mais do que isso, na medida em que ela há-de estar essencialmente direccionada para a criação e manutenção de uma imagem única no mercado, para uma verdadeira reprodução, em cada um dos diferentes pontos de exploração, da empresa idealizada e posta em marcha pelo franquizador. E é essa uniformidade de actuação, como causa ou função económica diferenciada das dos restantes esquemas negociais conhecidos, que justifica a unidade a que tende a dita combinação das prestações que integram o contrato de franquia⁷⁴.

4.5. *Contrato de colaboração empresarial*

O contrato de franquia é um daqueles contratos em que se estabelece uma relação que vai muito para além da mera troca de prestações entre as partes. De facto, ele não se esgota na existência dos interesses contrapostos típica de qualquer contrato. Essa característica do contrato de franquia é até de algum modo subalternizada quando se trata de analisá-lo, uma vez que o protagonismo passa para outros seus elementos característicos, como é o caso, entre outros, da integração do franquiado na rede do franquizador, do controlo da actividade do primeiro pelo último, da função económica de distribuição e da colaboração que se estabelece entre as partes.

A actividade de colaboração entre os contraentes constitui, portanto, uma marcante faceta do contrato de franquia, que o completa e caracteriza e que estará presente ao longo de todo o seu percurso.

Desde logo nas negociações preliminares, com o intercâmbio de informações entre o franquizador e os candidatos a franquiados, sobre questões como o conteúdo e as características do negócio franquiado, a experiência do franquizador, a formação destes últimos a levar a cabo em estabelecimentos piloto, além de outros assuntos relacionados com a preparação do início da actividade, nomeadamente sobre pormenores que afectam a abertura do estabelecimento, a localização deste, a decoração, a publicidade, etc..

⁷⁴ AURORA HERNANDO GIMÉNEZ, *El Contrato de Franquicia de Empresa*, cit., pág. 547.

Durante o desenvolvimento do contrato, a colaboração torna-se mais intensa e incide principalmente sobre a prestação de assistência técnica, a formação profissional do franquiado e seu pessoal e a colaboração no controlo a efectuar pelo franquizador.

Finalmente, aquando da extinção do vínculo contratual, a cooperação consubstanciar-se-á na diligente devolução pelo franquiado dos elementos colocados à sua disposição por força do contrato, assim como na colaboração do franquizador no destino a dar aos stocks sobrantes⁷⁵.

As partes associam-se, portanto, para prosseguir a realização de objectivos e interesses comuns, transmitindo-se reciprocamente informação sobre as respectivas actividades, cuja execução é coordenadamente dirigida em função da finalidade económica visada pelo contrato. Finalidade cuja “verdadeira extensão não pode compreender-se senão por relação à nota de colaboração como meio apto àquela”⁷⁶.

A colaboração que caracteriza os contratos de distribuição assume, no caso particular do contrato de franquia, um tal grau de intensidade que constitui, pode dizer-se, um dos seus elementos fundamentais, dotando esta figura contratual de uma peculiaridade própria que a individualiza e distingue de outros contratos afins igualmente presentes no tráfico mercantil⁷⁷.

Isso mesmo ressalta das definições apresentadas pela generalidade dos códigos deontológicos respeitantes à franquia elaborados pelas diversas instituições especializadas, que se referem, de forma unânime, a essa característica do contrato⁷⁸.

Por outro lado a colaboração é uma nota sistematicamente referida pela doutrina ao contrato de franquia, o que leva a que por ela seja habitualmente classificado como fazendo

⁷⁵ AURORA HERNANDO GIMÉNEZ, *El contrato de franquicia de empresa*, cit., pág. 488 e segs.

⁷⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, *La Franquicia*, cit., pág. 95, nota 67.

⁷⁷ Vide CHRISTINE MATRAY, *Le Contrat de Franchise*, Les Dossiers du Journal des Tribunaux, n° 1, Maison Larcier, Bruxelas, 1992, pág. 26, para quem a colaboração entre as partes no contrato de franquia, que ultrapassa largamente aquela que se pode encontrar num simples contrato de fornecimento ou mesmo num contrato de concessão, consiste no próprio fundamento da instituição; e CATALINA RUIZ-RICO RUIZ, *El Contrato de Franquicia y sus Límites Jurídicos, Problemática Actual*, cit., pág. 78, defende que o contrato de franquia, pela sua proximidade com os contratos de concessão comercial e de agência, mostra-se como o expoente negocial adequado para estabelecer um fio condutor comum entre os negócios de colaboração.

⁷⁸ Cfr. o Código Deontológico Europeu, em cujo ponto 1 se define a franquia “como um sistema de comercialização de produtos e/ou serviços e/ou tecnologias, baseado numa estreita e contínua colaboração entre empresas jurídica e financeiramente distintas e independentes...”; o Código Deontológico elaborado pela Federação Francesa de Franchising, segundo o qual a franquia “é um método de colaboração entre uma empresa, o franquizador, de uma parte, e uma ou mais empresas, os diferentes franquiados, por outra...”; o Código Deontológico da Associação Italiana de Franchising, de acordo com o qual a franquia é “uma forma de colaboração continuada para a distribuição de bens e de serviços...”.

parte dos chamados contratos de colaboração, isto é, dos contratos que se caracterizam “pela existência de um determinado grau de convergência entre os interesses das partes”⁷⁹.

4.6. Contrato comercial

A franquia é, antes de tudo, um contrato, pois compreende um acordo de vontades entre o franquiador e o franquiado que dão origem a uma relação jurídica da qual nascem direitos e obrigações para as partes contratantes⁸⁰.

Mas será um contrato civil ou comercial ?

A noção de contrato comercial sempre haverá que reconduzir-se, independentemente dos critérios materiais que se adoptem para o definir, à de actos de comércio⁸¹.

O art. 2º do Código Comercial é a norma legal que tem por função qualificar um determinado acto como comercial.

Nele se dispõe que “serão considerados actos de comércio todos aqueles que se acharem especialmente regulados neste Código, e, além deles, todos os contratos e obrigações dos comerciantes, que não forem de natureza exclusivamente civil, se o contrário do próprio acto não resultar”.

Do ponto de vista subjectivo, o contrato de franquia será, nos termos do citado preceito, sempre comercial, dado que o franquiador é, em qualquer circunstância, uma sociedade

⁷⁹ GALLEGO SÁNCHEZ, *La Franquicia*, cit., pág. 95, nota 65. Vide, ainda, entre outros, PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 125, MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 31 e segs., GIUSEPPE FAUCEGLIA, *Il Franchising: Profili Sistematici e Contrattuali*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Giuffrè Editore, Milão, 1988, pág. 151 e segs., JEAN-MARIE LELOUP, *La Franchise, Droit et Pratique*, cit., pág. 25, ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos en las relaciones internas*, cit., pág. 485 e segs., CHRISTINE MATRAY, *Le Contrat de Franchise*, cit., pág. 26 e segs., ANNA DASSI, *Il contratto di Franchising*, Enciclopedia Diritto Privato, Cedam, Pádua, 2006, pág. 5 e segs.. Em sentido contrário, vide EMÍLIO LÁZARO SÁNCHEZ, “El Contrato de Franquicia (Aspectos Básicos)”, in *Anales de Derecho*, nº 18, Universidad de Murcia, 2000, pág. 99, por considerar que, não obstante a existência de um interesse comum de ambas as partes em reproduzir e explorar a franquia, a perspectiva de que o franquiado coopera ou colabora com o franquiador porque, ao explorar a franquia, actua não apenas no seu próprio interesse mas também no deste na expansão e consolidação da rede, “obviaria que a cooperação que caracteriza os contratos de colaboração (v.g. mandato, comissão, agência, ...) há-de ser juridicamente relevante, ao consistir, num actuar por conta de outro com eficácia na esfera jurídica do interessado”, com alheamento do colaborador quanto ao resultado, o que não se verifica na franquia, porquanto o franquiado explora o seu negócio, não apenas em nome mas também por contra próprios, não actuando nunca frente a terceiros “com heteroeficácia relativamente ao franquiador”.

⁸⁰ Vide MANUEL DE ANDRADE, *Teoria Geral da Relação Jurídica*, cit., pág. 38.

⁸¹ CASSIANO DOS SANTOS, “Transmissão e cessação de contratos comerciais: direito comercial e direito civil nas relações comerciais”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007, pág. 284.

comercial. Mas também pelo lado do franquiado, o qual ou adquire, ao abrigo do disposto no art. 13º, nº 1, do mesmo Código, a qualidade de comerciante ou constitui uma sociedade comercial para o exercício do comércio inerente ao contrato de franquia⁸².

Por outro lado e sob a vertente objectiva, o contrato de franquia, como contrato misto, aglutina geralmente prestações de outros contratos, típicos e atípicos. De entre eles integra uma licença de marca, que constitui um acto de comércio objectivo, previsto nos arts. 31º e 32º, ambos do CPI⁸³. Ora, tendo em conta os ensinamentos de FERRER CORREIA⁸⁴, de acordo com os quais para que um acto seja classificado de comercial não é exigível que o mesmo seja exaustivamente regulado na lei comercial, bastando que o seja “em algum ou alguns dos seus aspectos por atenção ao seu carácter ou índole comercial”, pode considerar-se a comercialidade objectiva do contrato de franquia.

Há ainda na doutrina quem entenda que a definição do contrato de franquia constante no Regulamento (CEE) nº 4078/88, da Comissão, de 30 de Novembro⁸⁵, não obstante visar exclusivamente a produção de efeitos direccionados para o direito comunitário da concorrência, integra um instrumento que foi indubitavelmente gerado por problemas específicos de comércio⁸⁶, sendo suficientemente precisa e abrangente para poder ser considerada, ao abrigo da primeira parte do art. 2º do Código Comercial, um acto objectivo de comércio⁸⁷.

Mas há também autores que defendem uma interpretação extensiva da norma constante na primeira parte do referido art. 2º do Código Comercial, de modo a abranger na sua previsão novas formas da actividade económica que comunguem da característica comuns aos

⁸² Por esse motivo, EDUARDO CHULIA VICENT e TERESA BELTRAN ALANDETE, *Aspectos Juridicos de los Contratos Atípicos*, Tomo I, *Factoring, Joint Venture, Tarjetas de Crédito, Franquicia y Know-how*, cit., pág. 165, afirma que o contrato de franquia “tem natureza indubitavelmente mercantil”.

⁸³ Além disso, o contrato de franquia contempla sempre uma transmissão de saber-fazer, comunicação essa que encontra regulação na legislação comunitária, designadamente no âmbito do direito da concorrência (Regulamento (CEE) nº 556/89, da Comissão, de 30 de Novembro de 1988, relativo à aplicação do nº 3 do artigo 85º do Tratado CEE a certas categorias de acordos de licença de saber-fazer).

⁸⁴ FERRER CORREIA, *Lições de Direito Comercial*, I vol., ed. policop., Coimbra, 1968, pág. 78.

⁸⁵ Hoje o Regulamento (UE) nº 330/2010, da Comissão, de 20/04/2010, relativo à aplicação do art. 101º, nº 3, do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia a determinadas categorias de acordos verticais e práticas concertadas (Publicado no JOCE de 23/04/2010, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>), onde não consta a definição de franquia, mas de “acordo vertical”.

⁸⁶ PESTANA DE VASCONCELOS, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, cit., pág. 48.

⁸⁷ ANA PAULA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) – No Direito Interno e no Direito Internacional*, cit., pág. 62. No mesmo sentido vide ANDRADE MESQUITA, “Notas acerca do contrato de franchising”, in *Boletim do Conselho Nacional do Plano*, cit., págs. 215 e segs..

tipos contratuais regulados na lei consistente na noção de acto de comércio como acto de interposição na troca⁸⁸.

O contrato de franquia adquire, portanto, a comercialidade pelos respectivos sujeitos, dita subjectiva, dado que ambas as partes exercem, profissionalmente, uma actividade económica organizada dirigida ao mercado, circunstância que os converte em empresários mercantis, por força do disposto no art. 230º do Código Comercial⁸⁹.

Por outro lado, tem-se entendido que são comerciais não apenas os actos constitutivos dessa actividade, mas ainda “os actos preparatórios, os actos instituidores e em geral os actos organizatórios da actividade da empresa”. Assim, o contrato de franquia será igualmente comercial pelo respectivo objecto, na medida em que consiste num acto que define o modo como a empresa actua e que a estrutura na sua organização⁹⁰.

4.7. *Contrato de distribuição*

A revolução industrial veio proporcionar um enorme crescimento da actividade produtiva, circunstância que por sua vez viria a determinar a modernização e o desenvolvimento do comércio em que se traduziu a chamada “revolução comercial”, ocorrida já no séc. XX.

A indústria tornou-se a pedra angular a economia. O enorme aumento da produção de bens que então se começou a verificar, largamente excedente relativamente às possibilidades de absorção pelo mercado, fez surgir grandes dificuldades inerentes ao processo de distribuição.

⁸⁸ Para mais desenvolvimentos, vide a exaustiva abordagem sobre a questão no que respeita ao contrato de concessão (que entendemos poder alargar ao contrato de franquia) operada por MARIA HELENA BRITO, *Contrato de Concessão Comercial*, cit., págs. 186 e segs..

⁸⁹ CASSIANO DOS SANTOS, “Transmissão e cessação de contratos comerciais: direito comercial e direito civil nas relações comerciais”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, cit., pág. 291.

⁹⁰ CASSIANO DOS SANTOS, “Transmissão e cessação de contratos comerciais: direito comercial e direito civil nas relações comerciais”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, cit., pág. 286. Vide também PAULO SENDIM, *Lições de Direito Comercial*, policopiadas, UCP, Lisboa, págs. 233 e segs.. Ainda ALEXANDRE LIBÓRIO PEREIRA, “Da Franquia de Empresa (Franchising)”, in *BFDUC*, vol. LXXIII, Coimbra, 1997, págs. 251 e segs.

Até então, o produtor limitava-se a satisfazer as encomendas do distribuidor, orientando, portanto, a sua capacidade de produzir de acordo com os pedidos de mercadorias realizados por este último.

A necessidade de inverter este modelo de modo a permitir submetê-lo às necessidades do crescimento produtivo, conduziu a que a distribuição passasse a constituir uma actividade auxiliar da empresa industrial, e, portanto, a caber ao produtor decidir o que, quando e como produzir.

No desempenho dessa coordenação do novo sistema de distribuição dos respectivos produtos ou serviços no mercado, ao produtor oferecem-se duas opções, situadas em pólos diametralmente opostos, que correspondem às formas de distribuição, ou seja, às modalidades de organização estrutural do processo produtivo: ou assume ele próprio tal tarefa, através do recurso a unidades próprias, designadamente filiais ou sucursais e auxiliares dependentes, proporcionando que as mercadorias ou serviços produzidos cheguem aos consumidores sem a interposição no processo de qualquer intermediário; ou então entrega a função distributiva ao cuidado de um conjunto de intermediários, juridicamente independentes, que num âmbito geográfico determinado se dedicam à distribuição de bens e/ou prestação de serviços, renunciando desse modo ao exercício do controlo sobre as várias fases da comercialização dos seus produtos, para concentrar a sua atenção na maximização da eficiência e funcionalidade do aparelho produtivo. Fala-se, na primeira situação, de distribuição directa e, na segunda, de distribuição indirecta⁹¹.

As modalidades de distribuição acabadas de referir constituem casos-limite, que depressa se revelam inoperantes em face das necessidades do produtor. Por um lado, na distribuição directa, ele apenas em situações contadas estará em condições de a assumir, quer directamente quer através de auxiliares. Na segunda das hipóteses, também se revela insatisfatória para o produtor a circunstância de ele não dispor de qualquer meio de intervenção no processo distributivo.

Daí que em lugar intermédio entre a empresa (ou seja, a distribuição centralizada mediante uma rede própria) e o mercado (é dizer, a distribuição descentralizada através de estabelecimentos do comércio independente) seja possível encontrar os contratos de distribuição, isto é, todos aqueles acordos que, em alternativa à primeira das modalidades

⁹¹ ROBERTO PARDOLESI, *I Contratti di Distribuzione*, Editore Jovene, Nápoles, 1979, pág. 12.

descritas, permitem coordenar a fase produtiva com a fase distributiva sem que com isso as partes renunciem à sua autonomia⁹².

A doutrina costuma referir-se aos contratos de distribuição comercial quando se trata de identificar o conjunto dos contratos dos quais o produtor se serve para, mediante o recurso a empresários juridicamente independentes, organizar e controlar a fase da distribuição dos seus produtos e serviços⁹³.

Não obstante essa classificação seja habitualmente atribuída com base em critérios puramente económicos, tem-se procurado desde há algum tempo delinear uma categoria jurídica dos contratos de distribuição, defendendo-se mesmo na doutrina a sua existência com base na possibilidade de delimitação de um feixe de características comuns ao conjunto desses contratos, num “fundo comum” que a permite individualizar⁹⁴.

Nessa categoria são habitualmente incluídos, entre outros⁹⁵, os contratos de agência⁹⁶, concessão comercial e franquia.

O contrato de franquia é, de facto, um caso paradigmático desse tipo de relação contratual. Através dele o franquizador cria uma rede de distribuição, integrada por franquizados que são pessoas jurídica e financeiramente distintas e independentes, por meio da

⁹² Vide CANDIDO PAZ-ARES, “La terminación de los contratos de distribución”, in *Advocatus*, cit., pág. 35, que resume afirmando que os contratos de distribuição “representam uma estratégia organizativa a metade do caminho entre a integração vertical e o intercâmbio discreto”; e MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 39.

⁹³ Vide, por todos, PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., págs. 25 e, principalmente, 69 e segs., onde o Autor conclui pela existência dos contratos de distribuição comercial como categoria jurídica. Em sentido contrário, vide EMÍLIO LÁZARO SÁNCHEZ, “El Contrato de Franquicia (Aspectos Básicos)”, in *Anales de Derecho*, cit., pág. 100, que considera que a especificidade do contrato de franquia não está direccionada para a distribuição de produtos, mas antes para a reprodução de um determinado sistema, experimentado e prestigiado, de comercializá-los, reprodução essa que, de acordo com o Autor, consiste na finalidade socio-económica que caracteriza este contrato.

⁹⁴ Vide PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., págs. 69 e segs., principalmente 72, onde o Autor fundamenta a existência da categoria jurídica dos contratos de distribuição com base na subsistência de determinados elementos essenciais que são comuns a todos eles, como sucede com “a obrigação de promover os negócios da outra parte, através de uma actividade onerosa, exercida com autonomia e estabilidade”. Por seu lado, MARTÍNEZ SANZ, “Contratos de Distribución Comercial: Concesión Y Franchising”, in *Scientia Iuridica*, cit., pág. 346, encontra na “traslación” do risco empresarial inerente à respectiva actividade para os distribuidores o traço comum individualizador dos contratos de distribuição integrada.

⁹⁵ Cfr. PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 26, que considera ser a partir da agência, da concessão e da franquia, enquanto suas mais importantes modalidades, “que se constrói a categoria dos contratos de distribuição comercial”.

⁹⁶ Vide ROBERTO PARDOLESI, *I Contratti di Distribuzione*, cit., pág. 11 a 24 e 279. Embora considere que numa perspectiva económica, o contrato de agência possa ser incluído nos contratos de distribuição (directa), o Autor entende que não será possível inclui-lo na categoria jurídica dos contratos de distribuição, uma vez que nela apenas caberão aqueles contratos em virtude dos quais um empresário (o distribuidor) se obriga, em troca de contraprestação, a promover a revenda dos produtos de outro empresário (o produtor/fornecedor).

qual, numa lógica de colaboração empresarial visando atingir objectivos que representam interesses comuns, organiza e controla a distribuição dos seus produtos ou serviços no mercado.

5. *Vantagens e desvantagens da franquia*

5.1. *A função económica do contrato de franquia*

Em termos económicos, o sistema de franquia consiste numa técnica empresarial através da qual o produtor de bens e/ou serviços dinamiza o seu escoamento no mercado com recurso a comerciantes independentes, aos quais, mediante contrapartidas, concede o direito de comercializar tais produtos utilizando a sua marca e sinais distintivos e debaixo do seu apertado controlo e fiscalização, transferindo desse modo para estes últimos o risco negocial e a responsabilidade pelos custos inerentes à distribuição de tais bens/serviços.

É nesta perspectiva que o contrato de franquia é incluído na categoria dos chamados contratos de distribuição comercial, não obstante a função de distribuição não ser clara em todas as modalidades de franquia, designadamente nas franquias de serviços e de produção. É que, como refere MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO⁹⁷, apesar dessa circunstância, a função de distribuição “estará presente sempre que, através do contrato, se possam escoar produtos fabricados ou fornecidos pelo franquiador”.

Como prática comercial de crescente relevo, o método da franquia apresenta importantes vantagens económicas relativamente ao sistema de distribuição tradicional.

Desde logo, ela permite a implantação de uma marca ou insígnias comerciais noutro espaço geográfico sem os riscos do gigantismo empresarial e das dificuldades do controlo dos estabelecimentos à distância, bem como dos problemas inerentes ao desconhecimento de outras ordens jurídicas⁹⁸.

Depois, na medida em que acarreta a respectiva supressão, contribui para a eliminação de custos com os intermediários, permitindo, ainda, obter um maior poder de negociação da rede.

⁹⁷ *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza Jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 17.

⁹⁸ ROMANO MARTINEZ, *Contratos em Especial*, 2ª ed., UCP, Lisboa, 1996, pág. 317.

A eficiência que caracteriza os contratos de distribuição assenta na divisão óptima do trabalho ou da actividade, separando e atribuindo a cada uma das partes aquilo que ela pode fazer melhor: ao franquiado a gestão quotidiana das tarefas de comercialização; ao franquiador o controlo e a produção de intangíveis (a política de marca, a publicidade, a saber-fazer, a formação profissional, etc.)⁹⁹.

Além disso, ao exigir a colaboração estreita entre o produtor e o distribuidor, o sistema de franquia contribui para a flexibilização das estruturas empresariais e para uma gestão mais dinâmica da função de distribuição dos produtos, com o consequente aumento de respectiva penetração no mercado.

Por isso mesmo a franquia responde mais eficazmente às necessidades dos consumidores, as quais são cada vez mais sofisticadas e exigentes. Na procura de determinados produtos, os consumidores valorizam mais as prestações ligadas ao respectivo sistema de comercialização do que propriamente a sua qualidade intrínseca¹⁰⁰.

A franquia é ainda responsável pela criação de cada vez mais postos de trabalho, não só por responder ao desejo de muitas pessoas sem actividade profissional de se tornarem empresários autónomos e independentes mas também pela circunstância de as empresas franquiadas necessitarem de pessoal para o exercício da actividade que prossegue¹⁰¹.

5.2. *Vantagens do contrato de franquia*

O desenvolvimento do sistema de franquia tem atraído um cada mais elevado número de franquiadores e franquiados, seduzidos pelos benefícios económicos resultantes deste método de produção e comercialização.

De facto e a exemplo do que sucede na generalidade dos negócios, também do contrato de franquia resultam, obviamente, vantagens e desvantagens para ambos os contraentes.

Mas não só. Também para o consumidor resultam benefícios importantes do contrato de franquia, situação que, evidentemente, é também justificativa do sucesso desse método de comercialização.

⁹⁹ CANDIDO PAZ-ARES, “La terminación de los contratos de distribución”, in *Advocatus*, cit., pág. 35.

¹⁰⁰ FUENTES CAMACHO, “Los contratos internacionales de franquicia y el derecho internacional privado: una aproximación en clave de “acceso””, in *Anuário Español de Derecho Internacional Privado*, cit., pág. 122.

¹⁰¹ RIGOL GASSET, *La franquicia. Una estrategia de expansion*, cit., pág. 18.

Comecemos então por fazer uma breve análise das vantagens na perspectiva quer dos contraentes quer do consumidor:

5.2.1. Do ponto de vista do franquizador

São várias as vantagens decorrentes do contrato de franquia para o franquizador, circunstância que explica a opção cada vez mais insistente dos produtores por este método negocial¹⁰².

Em primeiro lugar o franquizador beneficia dos montantes pagos pelos franquizados a título quer dos direitos de entrada quer das prestações periódicas (royalties).

Além disso, ao recorrer a empresas independentes para comercializar os seus produtos em nome e por conta própria, transfere para estes os riscos e ónus que, de outro modo, teria de suportar¹⁰³, designadamente a assunção da álea comercial resultante do exercício da actividade franquizada em novos mercados. Trata-se, aliás, de uma das vantagens mais significativas que do contrato decorrem para o franquizador.

Por outro lado o contrato de franquia facilita e simplifica o processo de expansão do negócio do franquizador, na medida em que, graças à actividade de comerciantes locais perfeitamente conhecedores das tendências e gostos específicos dos consumidores, proporciona uma penetração acelerada e profunda num mercado que ele não controla¹⁰⁴, garantindo ao mesmo tempo uma maior notoriedade da sua marca e sinais distintivos.

Expansão que lhe permite aumentar consideravelmente o número de estabelecimentos da sua rede sem a necessidade de realizar investimentos correspondentes àqueles que teria de fazer se optasse por unidades próprias. O investimento realizado pelos franquizados em cada um dos estabelecimentos da rede representa para o franquizador um importante meio de financiamento para a expansão desta, com a inerente redução do respectivo risco e sem perder o controlo e fiscalização sobre o processo de distribuição levado a cabo pela mesma.

¹⁰² Isso não obstante a criação de um sistema de franquia “partindo do zero” ser deveras arriscada, como referiu MARTIN MENDELSON, (*The Guide to Franchising*) *Guia Prática de La Franquicia*, cit., págs. 23 e segs., motivo pelo qual considerou que tal prática “não se recomenda a um principiante” e que mesmo entre os franquizadores mais experientes, raros eram os que tinham êxito.

¹⁰³ PINTO MONTEIRO, “Contratos de agência, de concessão e de franquia (“franchising”)”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, cit., pág. 17.

¹⁰⁴ PAUL-ANDRÉ MATHIEU, *La nature juridique du contrat de franchise*, cit., pág. 13.

Também ao nível dos custos com instalações e pessoal o franquizador retira vantagens da franquia relativamente à expansão através de unidades próprias, na medida em que aquela lhe permite não só deixar de suportar as despesas com instalações, como ainda reduzir consideravelmente a sua estrutura de pessoal, com a consequente diminuição dos gastos fixos, geralmente elevados, inerentes a este último processo de expansão.

No desenvolvimento do contrato o franquizador coopera com um franquiado altamente interessado no sucesso de um negócio no qual realizou um investimento quase sempre importante, facto que seguramente o motivará para a procura da obtenção de lucros mais altos através da maximização das vendas e redução de custos, com os correspondentes benefícios para o franquizador.

5.2.2. Do ponto de vista do franquiado

De igual modo o franquiado retira deste contrato benefícios consideráveis, facto que igualmente justifica o sucesso da prática da franquia.

Assim e apesar de, pelo contrato, passar a assumir os riscos da comercialização dos produtos, é evidente que esses riscos são bastante atenuados para o franquiado, como resulta da análise que segue.

Ao franquiado é, por força do contrato de franquia, geralmente concedida a autorização da utilização da marca e sinais distintivos do franquizador, de reconhecido prestígio e comprovada capacidade de angariação e fidelização de clientes.

Pelo que talvez a vantagem mais significativa para aquele consista na possibilidade de iniciar a sua actividade comercializando bens ou serviços já conhecidos do público e para os quais dispõe, logo à partida, de uma clientela previamente constituída. Produtos, aliás, cuja selecção não tem que fazer, uma vez que ela resultará do trabalho de pesquisa antecipadamente levado a cabo pelo franquizador, que certificou a respectiva aceitação pelos consumidores. Trata-se, sem dúvida de um *plus* de enorme relevo, se considerarmos os riscos do fracasso inerentes ao início de qualquer actividade comercial tradicional, designadamente no que respeita á introdução de novos produtos no mercado. É certo que o franquiado, ao contrário do comerciante tradicional, tem que pagar importâncias por vezes elevadas para integrar a rede de franquia. Todavia, como refere FERNANDO MARTÍNEZ SANZ, esse dinheiro

“siempre será inferior al coste que implica montar o crear a su propia empresa, partiendo de cero”¹⁰⁵.

Além disso, o franquiado pode desde logo contar com o apoio do franquizador na condução da sua actividade. Ajuda essa altamente especializada e materializada não apenas na transmissão de know-how e na concessão de assistência técnica, mas também na orientação a vários níveis, nomeadamente a formação e até o alertar para os perigos que encerra o desenvolvimento da actividade, estes últimos correspondendo a situações indesejáveis ocorridas com outros franquiados da rede.

Ou seja, embora pagando para aceder à rede de franquias, o franquiado “beneficia muitíssimo”¹⁰⁶ com essa integração, uma vez que, mesmo que não possua qualquer experiência no desenvolvimento de qualquer actividade no mercado em questão, “ele vai poder partir, em relação aos seus concorrentes não franquiados, muitos anos de experiência à frente”¹⁰⁷.

Para além disso, o facto de integrar a rede de franquias e, desse modo, estar associado a um negócio baseado em marcas e sinais distintivos de prestígio, que já demonstrou ter êxito, pode proporcionar-lhe condições mais vantajosas a vários níveis, designadamente no acesso ao crédito¹⁰⁸, na medida em que a garantia de sucesso do negócio transmite confiança aos financiadores.

A exclusividade que geralmente caracteriza o direito territorial concedido, nos termos do contrato, ao franquiado, coloca-o a coberto da concorrência, nomeadamente de outros franquiados da mesma rede. Ou seja, na área territorial abrangida pela cláusula de exclusividade prevista no contrato, o franquiado sabe que só ele comercializa os produtos respeitantes àquela rede de franquias

¹⁰⁵ “Contratos de Distribución Comercial: Concesión y Franchising”, in *Scientia Iuridica*, cit., pág. 361. HUGO LANÇA DA SILVA, *A função publicitária da marca de empresa no direito português*, Teses, Verbo Jurídico, 2009, págs. 139, chega a afirmar que “a integração de um empresário numa rede de franquias proporciona a possibilidade de um pequeno empresário concorrer directamente e em paridade de condições com as grandes empresas”, dado que a notoriedade de que goza a marca franquizada vai permitir-lhe “aniquilar a vantagem dos grandes grupos económicos, porquanto também se apresentam no mercado ‘escudados’ por uma marca amplamente conhecida”.

¹⁰⁶ PESTANA DE VASCONCELOS, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, cit., pág. 14.

¹⁰⁷ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 23. No mesmo sentido GIANMARIA GALIMBERTI, *Il Franchising*, Giuffrè Editore, Milão, 1991, pag. 42.

¹⁰⁸ SEBASTIÃO PIZARRO e MARGARIDA CALIXTO, *Contratos Financeiros*, Livraria Almedina, Coimbra, 1995, pág. 113. Vide também GIANMARIA GALIMBERTI, *Il Franchising*, cit., pag. 43.

Refira-se ainda que o facto de existirem várias tarefas cuja execução cabe, nos termos do contrato, à estrutura empresarial do franquizador, nomeadamente a escolha dos fornecedores e a gestão do sistema de compra, a formação de pessoal, bem como a concepção e disponibilização do sistema informático de gestão, etc., liberta o franquiado para que possa concentrar a sua atenção na produção e/ou venda dos bens ou serviços objecto da franquia.

5.2.3. Do ponto de vista do consumidor

Como já atrás referimos, do contrato de franquia derivam relevantes vantagens para o mercado e para o consumidor. Por isso mesmo este método de comercialização tem sido reconhecido como positivo e relevante quer pelas instâncias comunitárias quer por diversos governos¹⁰⁹.

O sistema de franquia permite a rápida e profunda difusão de bens e serviços inovadores, contribuindo para a actualização da gama de produtos existentes no mercado e, consequentemente, alargando as possibilidades de escolha do consumidor.¹¹⁰

Além disso, os produtos oferecidos caracterizam-se por um nível elevado de qualidade, constantemente desenvolvida pelo franquizador e que é garantida pela marca que ostentam. De facto, é notória a associação que, nos dias de hoje, se faz entre o produto de marca e a respectiva alta qualidade. E o sistema de franquia proporciona ao consumidor o acesso a esses produtos de qualidade em locais onde normalmente não seria rentável fazê-lo.

O facto de o franquiado integrar a rede pode permitir-lhe reduzir os custos, seja por força da assistência que lhe é prestada pelo franquizador, seja à custa da obtenção de preços mais baixos nos fornecimentos de bens ou serviços. Essa redução de custos motivará, eventualmente, uma redução dos preços dos produtos que comercializa, com o correspondente benefício para o consumidor.

¹⁰⁹ Vide o Regulamento (CEE), nº 4087/88 do Conselho, de 30/11/1988, Considerandos 7 e 8; PESTANA DE VASCONCELOS, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, cit., pág. 14; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 26;

¹¹⁰ HUGO LANÇA DA SILVA, *A função publicitária da marca de empresa no direito português*, Teses, Verbo Jurídico, 2009, págs. 140, salienta ser inegável que a “propagação da franquia fez, de forma mais ou menos proporcional, aumentar a qualidade e quantidade dos bens produzidos e serviços prestados”, permitindo, além disso, uma “democratização da oferta”, na medida em que estendeu as actividades desenvolvidas pelo franquizadores “para fora dos grandes centros urbanos e de consumo”. Vide também JOHN ADAMS e K. V. PRICHARD JONES, *Franchising – Practice and precedents in business format franchising*, London, Butterworths, 1981, págs. 4 e segs.

5.3. *Desvantagens do contrato de franquia*

5.3.1. Na perspectiva do franquiador

Ao optar por escoar os seus produtos no mercado através da criação e desenvolvimento de uma rede de franquias, o franquiador abdica do controlo total sobre esse processo de distribuição, pelo menos em termos idênticos aos que teria no caso de recorrer a estabelecimentos próprios. O sistema de franquias altera significativamente a forma como o empresário franquiador encara o seu próprio negócio, na medida em que passa a partilhar com terceiros não apenas o uso dos seus sinais distintivos, mas um conceito completo de negócio, que compreende muito mais do que esses bens imateriais.

De facto, ele passa a ter de se relacionar com os franquiados, os quais, apesar de estarem sujeitos ao seu apertado controlo, não deixam de ser empresários independentes. Por isso, o grosso dos inconvenientes que deste contrato podem derivar para o franquiador está relacionado com as vicissitudes ocorridas no desenvolvimento dessa relação. Motivo pelo qual assume vital importância o processo de recrutamento dos franquiados¹¹¹.

Um desses inconvenientes consiste precisamente em ser mais difícil ao franquiador impor determinadas estratégias ao franquiado do que a um gerente de uma sua sucursal. De facto, não obstante a eventualmente forte ingerência do franquiador na actividade do franquiado, não existe qualquer relação de subordinação deste relativamente àquele e, portanto, a obrigatoriedade de cumprir as suas determinações.

Além disso, por ser maior o risco de danos relativos ao prestígio da imagem da rede, ao franquiador é exigido um acompanhamento e uma fiscalização da actividade do franquiado muito mais efectivos e rigorosos do que sucederia na hipótese de se tratar de estabelecimentos próprios, com o inerente acréscimo dos custos ao nível da supervisão. É que é necessário prevenir procedimentos inadequados de franquiados voluntariosos, susceptíveis de afectarem negativamente essa imagem e, assim, provocarem prejuízos não apenas ao franquiador mas também aos restantes franquiados, dada a rápida e fácil disseminação dos efeitos negativos dessas atitudes.

¹¹¹ M. BARATA SIMÕES, *Franchising, franquias, inovação e crescimento*, cit., pág. 23 e segs.

5.3.2. Na perspectiva do franquiado

Numa relação como a que se estabelece através do contrato de franquia, é difícil não vislumbrar, pelo menos na grande maioria dos casos, uma dependência económica do franquiado relativamente ao franquiador¹¹², a qual nos parece ser determinante no conjunto da relação estabelecida.

De facto e embora se aceite que podem ocorrer situações que desmintam essa realidade, elas serão sempre de tão rara verificação que apenas servem para confirmar aquela tendência.

Aliás, quando se tenha em consideração que, como refere a generalidade da doutrina, uma das vantagens decorrentes do contrato de franquia consiste, precisamente, em permitir “que uma pessoa que detenha pouco capital, seja empresária”¹¹³ independentemente de possuir experiência de qualquer actividade no mercado em questão, por “beneficiar comercialmente do poderio e renome de uma grande empresa”¹¹⁴, não pode deixar de se concluir pela existência dessa dependência.

A necessidade de o franquiador proteger a inviolabilidade da sua marca e sinais distintivos justificam a imposição à contraparte de uma série de obrigações das quais a submissão a um seu acompanhamento regular se destaca.

Esse acompanhamento traduz-se, para o franquiado, na obrigação de se submeter ao apertado controlo e fiscalização exercidos pelo franquiador. Tal sujeição, cujo elevado grau caracteriza esta forma contratual, constitui um inconveniente importante para o franquiado, na medida em que limita a sua autonomia na condução da respectiva actividade¹¹⁵.

O exercício desse efectivo controlo reflecte também a dependência económica do franquiado. Analisando o significado do “controlo significativo” sobre o método operativo, que se converte no elemento essencial do contrato, ECHEBARRÍA SÁENZ considera que o termo “significativo” faz referência “ao grau de dependência económica do franquiado da maior experiência e capacidade do franquiador”¹¹⁶.

¹¹² Neste sentido MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, cit., pág. 520.

¹¹³ ELSA VAZ DE SEQUEIRA, “Contrato de Franquia e Indemnização de Clientela”, in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Brito de Almeida Costa*, cit., pág. 459; Ver também MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 24, quando refere que “muitos dos franquiados foram empregados por conta de outrem que, despedidos, investiram o dinheiro da sua indemnização na empresa franqueada”.

¹¹⁴ PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 121.

¹¹⁵ GIANMARIA GALIMBERTI, *Il Franchising*, cit., pag. 43.

¹¹⁶ *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos en las relaciones internas*, cit., pág. 28.

É verdade que o franquiado, quando celebra o contrato, estará ciente das obrigações que para si dele decorrem e do significado das mesmas para a sua boa execução. De resto, o cumprimento dessas obrigações, designadamente a sujeição ao controlo e fiscalização do franquiador, é decisivo para o sucesso da relação contratual estabelecida e, portanto, para a satisfação dos seus interesses.

O que sucede, porém, é que a situação de dependência económica em que se encontra relativamente à contraparte pode ser um factor gerador de desequilíbrios em prejuízo do franquiado. Quer na execução do contrato, quando, por exemplo, o franquiador decide impor-lhe a constituição de stocks obrigatórios ou o pagamento de contrapartidas financeiras exageradas, ou exerce sobre a sua empresa um controlo excessivo, quer na cessação do mesmo, dada a situação de grande vulnerabilidade em que se encontram todos os franquiados da rede relativamente a eventuais problemas por que passe a empresa franquidora, incluindo o da extinção.

6. Conteúdo do contrato de franquia

Na abordagem, que agora iniciamos, ao conteúdo do contrato de franquia, analisaremos especialmente as obrigações que dele decorrem para cada uma das partes.

6.1. Elementos subjectivos

Como se referiu já, os intervenientes no contrato de franquia são dois empresários juridicamente independentes:

- um deles, o franquiador, é o titular de uma marca e insígnias comerciais, bem como de processos de fabrico e técnicas empresariais, de uma fórmula comercial cujas potencialidades são passíveis de ser exploradas por outrem;

- o outro, o franquiado, é quem, mediante o pagamento de contrapartidas, utiliza aqueles sinais distintivos, processos de fabrico e técnicas empresariais no desenvolvimento da respectiva actividade de comercialização de bens ou serviços, beneficiando da assistência técnica e sujeitando essa actividade ao controlo do franquiador.

6.2. Elementos objectivos

6.2.1. Obrigações do franquizador

6.2.1.1. Cedência de uso de marca e outros sinais distintivos

A principal finalidade visada com o contrato de franquia consiste na produção e/ou comercialização de bens e serviços individualizados com marca cujo titular é o franquizador.

A marca constitui elemento fundamental no sistema de franquia. Uma marca forte, com uma imagem bem conseguida e consolidada no mercado é um importantíssimo factor de atracção de consumidores e de penetração nos mercados. Mas não só, já que esse poder de cativação da clientela constitui, por sua vez, atractivo para inúmeros investidores.

Suporte privilegiado da imagem da empresa, pela relação que estabelece entre o produto preferido e a identidade do fornecedor, a marca individualiza o produto ou o serviço oferecidos e cria desse modo uma diferenciação dos mesmos relativamente aos outros existentes no mercado, simbolizando a confiança do cliente potencial¹¹⁷. É ela que identifica a rede e que garante a qualidade dos produtos, fazendo o consumidor identificar-se com certos valores¹¹⁸ e levando-o ao encontro de um determinado produto em detrimento de outros, ainda que isso implique o pagamento de um preço mais elevado.

É com base nela que o franquizador constrói, através da utilização conjugada de múltiplos factores, principalmente fortes investimentos em publicidade e cuidadas operações de marketing, uma imagem de marca cuja notoriedade é garantia da comprovada aceitação no mercado dos produtos por ela identificados¹¹⁹.

¹¹⁷ RIGOL GASSET, *La franquicia. Una estrategia de expansion*, cit., pág. 76.

¹¹⁸ WALLY OLINS, *A Marca*, trad. Miguel Ribeiro de Almeida, Editorial Verbo, Lisboa, 2005, pág. 16, realça que hoje em dia, “ainda que as marcas tenham muito a ver com a imagem, já não se trata apenas da sua própria imagem – mas também da nossa imagem, uma vez que elas “implicam um grande envolvimento e associação, são a demonstração exterior e visível de uma afiliação privada e pessoal”, permitindo “que nos definamos a nós próprios em termos de uma linguagem imediatamente compreensível ao mundo que nos rodeia”. E exemplifica: “Diesel, Adidas e hotéis W representam um estilo de vida; Hermès, Ralph Lauren e Ritz, outro”. CARLOS OLAVO, *Propriedade Industrial*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997, pág. 40, salienta que “o poder sugestivo da marca representa indubitavelmente a sua principal função de um ponto de vista económico”. FUENTES CAMACHO, “Los contratos internacionales de franquicia y el derecho internacional privado: una aproximación en clave de “acceso””, in *Anuário Español de Derecho Internacional Privado*, cit., pág. 122, realça a importância da peculiaridade do novo tecido comercial traduzida no aparecimento de “sectores humanos com estilos de vida, gostos e hábitos de consumo tão afins que na maior parte das ocasiões chegam a alcançar a mais absoluta uniformidade”.

¹¹⁹ Vide Ac. RL de 29/04/2003, Proc. L03A1035 (Relator: Desembargador Ferreira Girão), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

A reputação dessa imagem individualizada na marca, que ultrapassa, muitas vezes, a do próprio franquiador, constitui o activo essencial deste, chegando mesmo os valores nela representados a superar aqueles que compõem o restante património da empresa.

Sendo o património principal do franquiador, na medida em que constitui o meio mais eficaz de assegurar o crescimento dos seus negócios, ela funciona também como garantia de sucesso comercial, o que faz com que seja um dos aspectos mais valorizados pelos potenciais franquiados e explica ser a respectiva exploração o objecto central do contrato de franquia.

E justifica ser essencial que, nos termos deste contrato, seja cedido ao franquiado o direito (e imposto o dever) de usar a marca do franquiador, a qual deverá ter sido já implantada por este, com comprovado êxito, no mercado. Aliás, o uso da marca por parte do franquiado constitui não apenas o exercício do seu direito de beneficiar dos resultados decorrentes da respectiva notoriedade, mas também uma obrigação de contribuir com a sua actividade para a defesa da integridade dessa imagem.

A importância que a imagem de marca assume no âmbito comercial explica que, no contrato de franquia, a sua cedência seja sempre acompanhada do direito, atribuído ao respectivo proprietário, de exercer apertado controlo sobre a actividade do franquiado¹²⁰.

O contrato de franquia pode incluir uma licença de marca ou apenas uma licença de uso de marca. Nos termos da primeira, o franquiado fica autorizado a identificar com a marca do franquiador os bens e serviços que ofereça no mercado, além, obviamente, de a utilizar no exercício do seu comércio. A licença de uso de marca apenas existirá na ausência de licença de marca, isto é, quando a licença concedida ao franquiado não o autorize a apor a marca do franquiador nos produtos que comercialize¹²¹.

6.2.1.2. Transmissão de saber-fazer (“know-how”)

A comunicação do saber-fazer, ou “know-how”¹²², levada a cabo pelo franquiador aos franquiados, a fim de que estes o utilizem no desenvolvimento da respectiva actividade, não

¹²⁰ FABIO BORTOLOTTI, “Concessione di vendita, franchising e altri contratti di distribuzione. Normativa antitrust. Contratti internazionali di distribuzione”, in *Manuale di Diritto della Distribuzione*, vol. II, Cedam, Milão, 2007, pág. 56.

¹²¹ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 160.

¹²² GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *A assistência técnica nos contratos de know-how*, cit., pág. 35, define como “know-how” “todas as situações de transmissão de conhecimentos e experiências (sob a forma de planos,

só como um direito que lhes assiste, mas também como uma obrigação contratual, é uma das características principais do contrato de franquia, que o diferencia claramente de outros contratos de distribuição¹²³.

De facto, para criar uma rede de franquia, que comercialize produtos ou serviços sob a imagem de marca do franquiador, não basta atribuir aos franquiados o direito de explorar aquele sinal distintivo.

A franquia consiste na reprodução de um êxito comercial e esse processo de multiplicação exige mais do que a mera exploração daquela imagem de marca, sob pena de fracasso.

Exige que, no desenvolvimento da respectiva actividade, todos os franquiados tenham acesso ao saber-fazer constituído pelos conhecimentos técnicos ou comerciais correspondentes àqueles que permitiram ao franquiador consolidar a notoriedade da marca e a sua implantação no mercado. Só desse modo é possível repetir¹²⁴ a imagem de marca na totalidade da rede e obviar ao risco, muito elevado, de comportamentos prejudiciais dos franquiados por falta de conhecimentos ou de organização comercial, numa relação contratual que, como vimos já, se caracteriza pela quase sempre inexistente experiência empresarial de um dos sujeitos: o franquiado.

O saber-fazer transmitido no âmbito do contrato de franquia não se resume ao contexto industrial, ou seja, ao “know-how” tecnológico, necessariamente presente na franquia de produção, ou industrial. Pelo contrário, esse saber-fazer abarca também conhecimentos de carácter organizativo ou comercial: “conhecimentos contidos em áreas como as da contabilidade, das análises de mercado, de gestão de stocks, de controlo de qualidade, da publicidade, etc.”¹²⁵.

instruções, desenhos, fórmulas, conselhos, informações, receitas, dados, cálculos, combinações, processos, etc.) atinentes ao processo produtivo, não registados sob a forma de patente ou não susceptíveis de o serem, tecnológicos ou relativos à organização produtiva ou à comercialização de um produto, secretos (...) e com valor produtivo, capazes de serem transmitidos e utilizados pelo adquirente de forma autónoma”.

¹²³ ROBERTO BALDI, *Il Contratto di Agenzia, La Concessione di Vendita, Il Franchising*, cit., pág. 164.

¹²⁴ CANDIDO PAZ-ARES, “La terminación de los contratos de distribución”, in *Advocatus*, cit., pág. 35

¹²⁵ GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *A assistência técnica nos contratos de know-how*, cit., pág. 30. Em sentido contrário vide GOMEZ SÉGADE, *El secreto industrial (know-how). Concepto y protección*, Ed. Tecnos, Madrid, 1974, pág. 146, que considera dever o conceito de know-how ser formulado de forma restringida, excluindo dele as informações de carácter comercial ou de gestão, aduzindo para a defesa de tal entendimento razões de ordem económica, designadamente o encarecimento do know-how a partir do momento em que, para efeitos de protecção internacional, ele fosse considerado como integrando aquele tipo de informações, com o consequente agravamento da situação económica dos países em vias de desenvolvimento.

Necessário será que a transmissão do saber-fazer não se traduza num autêntico acto de direcção comercial técnica, condicionador da actividade quotidiana do franquiado e que, desse modo, oculte “a mais completa articulação do nível de integração funcional entre os contratantes”¹²⁶.

6.2.1.2.1. Características do saber-fazer

O Regulamento (UE) nº 330/2010 da Comissão, de 20 de Abril¹²⁷ adoptou, na alínea g), do seu art. 1º uma definição de saber-fazer: “um conjunto secreto, substancial e identificado de informações práticas não patenteadas, resultantes de experiências e ensaios efectuados pelo fornecedor”.

Esses conhecimentos práticos (técnicos, comerciais ou organizativos), cuja transmissão ao franquiado é habitualmente feita por escrito através de um manual operativo que lhe é entregue, melhoram sensivelmente a produção ou distribuição dos produtos ou ainda a prestação de serviços¹²⁸.

Da definição fornecida pelo Regulamento nº 330/2010 retira-se que o saber-fazer é caracterizado por três elementos essenciais: ser secreto, substancial e identificável. A esses elementos costuma a doutrina acrescentar a circunstância de ser transmissível e não ser patenteado.

6.2.1.3. Prestação de assistência técnica

Para além da autorização de utilização da marca e da transmissão do saber-fazer, constitui ainda elemento essencial do contrato de franquia a prestação, pelo franquiador, de assistência técnica ao franquiado.¹²⁹

¹²⁶ ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos en las relaciones internas*, cit., pág. 306.

¹²⁷ Publicado no JOCE de 23/04/2010, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>

¹²⁸ DIDIER FERRIER, *Droit de La Distribution*, cit., pág. 321, eleva o saber-fazer transmitido à qualidade de elemento essencial da franquia, na medida em que é a reiteração do mesmo que condiciona o sucesso comercial do franquiado.

¹²⁹ JACQUES VIGNY, *La distribution – Structures es pratiques*, Dalloz, 1994, Paris, pág. 40, salienta a imprescindibilidade da prestação de assistência técnica e comercial, a par da transmissão do saber-fazer no contrato de franquia, considerando que, atenta a sua essencialidade, não estaremos perante esse tipo de contrato quando nele não estejam previstos tais elementos.

Essa prestação não se confunde com o saber-fazer, como resultava da parte final da alínea b) do nº 3 do art. 1º do Regulamento nº 4087/88, da Comissão, de 30 de Novembro, ao especificar, no conjunto mínimo das obrigações que aponta ao acordo de franquia, a da comunicação ao franquiado, por parte do franquizador, de saber fazer, e a da prestação contínua de assistência comercial ou técnica ao franquiado, igualmente por parte do franquizador, durante a vigência do acordo.

A assistência a prestar pode ter carácter técnico ou estritamente comercial, quando respeitar ao relacionamento do franquiado com terceiros, como sucede nas questões relativas à localização do estabelecimento, sua decoração e equipamentos, formação do franquiado e seus colaboradores, realização de estudos de mercado, comercialização e publicidade, ou administrativa, se tiver em vista a gestão do estabelecimento sob os aspectos administrativo e financeiro, como sejam a contabilidade, a facturação, gestão de recursos, assessoria financeira, etc.¹³⁰.

Não obstante a prestação da assistência dever manter-se ao longo da execução do contrato, atenta a importância que reveste para o seu regular desenvolvimento, é fundamental que ela seja assegurada ao franquiado antes mesmo de ele iniciar a sua actividade.

Efectivamente, sendo o franquiado um investidor que pretende aplicar o seu dinheiro para exercer uma actividade para a qual não tem, em regra, experiência suficiente, é essencial que o franquizador o apoie na resolução das mais variadas questões que então se colocam, designadamente fornecendo-lhe estudos de mercado ou auxiliando-o na determinação dos stocks de abertura, na preparação da campanha de promoção da inauguração do estabelecimento, na escolha da localização do estabelecimento, etc.¹³¹.

Por outro lado, também nos primeiros dias da actividade do franquiado deve o franquizador proporcionar-lhe todo o apoio possível, de modo a permitir-lhe ultrapassar as naturais dificuldades operativas de quem inicia uma actividade comercial, muitas vezes pela primeira vez (desde a identificação dos produtos, passando pela sua exposição, até à comprovação de funcionamento do sistema informático de gestão, entre outras).

¹³⁰ ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos em las relaciones internas*, cit., pág. 310.

¹³¹ Todavia, como salienta ALFARO ÁGUILA-REAL, “Franchising”, in *Enciclopedia Jurídica Básica*, Madrid, Civitas, 1995, pág. 3155, para além daquelas cuja omissão configuraria culpa in contrahendo, sobre o franquizador não pesam, no momento da celebração do contrato, obrigações específicas de informação ao franquiado acerca das reais possibilidades de êxito do sistema.

Este é, de resto, um tipo de apoio ao qual o franquiado habitualmente atribui grande valor, na medida em que lhe permite enfrentar e ultrapassar os receios de um dos momentos mais problemáticos e críticos do negócio¹³².

Questão que se coloca sempre que se fala do fornecimento de assistência técnica pelo franquiador é a do âmbito da respectiva prestação, isto é, do limite até onde é aceitável falar-se ainda de comunicação de assistência técnica e não de intolerável ingerência do mesmo na gestão da actividade do franquiado.

O contrato de franquia caracteriza-se pela independência jurídica de cada um dos contraentes, a qual “representa o limite natural da assistência”¹³³. Pelo que, nas situações em que essa independência não existir, a relação entre as partes configurará um contrato que não pode ser qualificado como de franquia¹³⁴.

Analizamos, até agora, aquelas que são unanimemente reconhecidas como as principais obrigações que do contrato de franquia emergem para o franquiador.

Outras, secundárias, podem, no entanto, existir, dependendo a sua diversidade e número da intenção manifestada pelas partes no contrato celebrado.

A circunstância de serem recorrentemente clausuladas, justifica a abordagem de algumas delas.

6.2.1.4. Prestação de serviços não incluídos na assistência técnica

De entre os serviços prestados com alguma regularidade pelo franquiador que não integram o conceito de assistência técnica realça-se, desde logo, a assistência jurídica, a qual pode acordar-se ser prestada pelos serviços próprios do franquiador, com evidentes vantagens decorrentes do patrocínio de profissionais com maior experiência no tratamento de questões relacionadas com a área de actividade em causa.

Pode ainda o contrato prever a obrigação de o franquiador prestar assessoria financeira. O cumprimento de tal obrigação significa igualmente um apoio importante na óptica do franquiado, não apenas por poder dispor de serviços tendencialmente bons conhecedores dos

¹³² Cfr. PAULO LOPES PORTO e SANTIAGO BARBADILLO DE MARIA, *Franchising Passo a Passo*, cit., pág. 41.

¹³³ RIGOL GASSET, *La franquicia. Una estrategia de expansion*, cit., pág. 61.

¹³⁴ ISABEL ALEXANDRE, “O Contrato de Franquia (Franchising)”, in *O Direito*, cit., pág. 361

procedimentos necessários à obtenção de financiamento, mas sobretudo pela vantagem resultante da associação do nome do franquizador à respectiva candidatura.

6.2.1.5. Cláusula de exclusividade territorial

Integrando frequentemente o contrato de franquia, a denominada cláusula de exclusividade territorial determina, na maior parte das vezes, o franquizador a abster-se, uma vez celebrado o contrato, de fazer concorrência ao franquiado¹³⁵.

A cláusula de concessão de exclusividade territorial pode implicar para o franquizador a obrigação de, no território previsto no contrato: não conceder a terceiros direitos de exploração relativos à totalidade ou parte da franquia; não explorar, através de unidades próprias, a franquia, nem fornecer ele próprio os produtos ou serviços objecto da mesma sob uma fórmula semelhante; não fornecer ele próprio a terceiros os seus produtos¹³⁶.

Consoante a respectiva extensão, alguma doutrina tem defendido que a exclusividade territorial pode revelar-se em três modalidades: a exclusividade simples, quando o franquizador fica obrigado a, dentro da zona destinada ao franquiado, fornecer unicamente este, que por sua vez tem a liberdade de não só recorrer a outros fornecedores como ainda de vender os seus produtos ou serviços fora dessa zona; a exclusividade recíproca, sempre que à obrigação do franquizador de não fornecer, na zona de intervenção do franquiado, outros distribuidores, corresponda a obrigação deste último de não se abastecer senão junto do franquizador; exclusividade fechada, quando se conjugam as obrigações do franquiado de não vender os seus produtos ou serviços fora da sua zona de exclusividade e do franquizador de não fornecer outros distribuidores dentro dessa mesma zona¹³⁷.

A protecção territorial tem uma função indubitavelmente económica e constitui uma das exigências mais frequentes dos candidatos a franquiado, que a consideram um benefício de relevo, na medida em que lhes garante que, na mesma zona geográfica em que se inserem os respectivos estabelecimentos, não irão surgir concorrentes da mesma rede, sejam eles outros

¹³⁵ A cláusula de exclusividade territorial corresponde, porém, a uma obrigação recíproca na maior parte dos casos, impondo proibições a ambos os contratantes: ao franquizador a de instalar concorrentes na zona concedida; ao franquiado a de apenas se abastecer através do franquizador ou de quem ele autorize. Vide PHILIPPE BESSIS, *Le Contrat de Franchisage*, cit., págs. 22 e 89; ALDO FRIGNANI, *Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital, Concorrenza*, cit., pág. 132; e GALLEGÓ SÁNCHEZ, *La Franquicia*, cit., págs. 54 e segs.

¹³⁶ Cfr. alínea a) do art. 2º do Regulamento (CEE) nº 4087/88, da Comissão, de 30 de Novembro

¹³⁷ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 199.

franquiados ou unidades próprias do franquiador, vendo assim salvaguardadas as expectativas que criaram quanto ao potencial do mercado no qual investiram e, conseqüentemente, acautelado o investimento que realizaram¹³⁸.

Ou seja, a exclusividade torna-se, assim, na maior parte das vezes, na condição determinante para a integração do franquiado na rede.

A concessão da exclusividade territorial é, no entanto, um potencial foco de dificuldades¹³⁹, principalmente para o franquiador, na medida em que lhe limita a liberdade de acção na gestão da área ocupada pela rede de franquia. A definição do território de actividade de cada franquiado, por exemplo, principalmente nas primeiras etapas da vida da rede, é uma tarefa difícil e que pode gerar graves conflitos de interesses entre as partes, como sucede quando, pela sua extensão, a área de exclusividade aconselharia a implantação de novos estabelecimentos e o franquiado não mostra interesse em expandir o respectivo negócio.

Por tal motivo, à medida que a rede vai integrando um número mais elevado de franquiados, o franquiador vai também aumentando a resistência à convenção da concessão da exclusividade a favor daqueles.

A concessão da exclusividade territorial é, como dissemos já, convencionada com grande frequência nos contratos de franquia¹⁴⁰.

De tal modo que se debate na doutrina a questão de saber se a cláusula de exclusividade representa ou não um elemento essencial caracterizador do contrato de franquia.

O Regulamento 4087/88 admitia, como vimos, a restrição da concorrência – por considerar que as vantagens para todos os agentes envolvidos (franquiador, franquiado e

¹³⁸ Neste sentido vide MATTEO BERETTA, “Tutela della concorrenza e franchising: l’esperienza statunitense”, in *I Contratti della Distribuzione Commerciale. La disciplina comunitaria, l’ordinamento interno*, EGEA, Milão, 1993, pág. 224, que considera ainda constituir a inserção da cláusula de exclusividade territorial no contrato de franquia uma contrapartida à desvantagem que a integração na rede de franquia comporta para o franquiado, sobretudo em termos de perda de boa parte da sua autonomia de decisão. Em sentido contrário se manifesta HUBERT BENSOUSSAN, “Franchise: l’exclusivité territoriale vidée de sa substance”, in *Recueil Dalloz*, Paris, 2000, nº 41, pág. 629 e segs., ao considerar que os franquiados “estão errados” quando se convencem dos benefícios decorrentes da exclusividade territorial, dado que a concorrência externa é muitas vezes mais nociva para eles do que a concorrência intramarcas. Por isso defende que a defesa territorial é uma ilusão e que essa terá sido uma das razões que levaram a jurisprudência (que cita a págs. 629, nota 1) a não considerar a exclusividade territorial condição de validade do contrato de franquia.

¹³⁹ ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos em las relaciones internas*, cit., pág. 99.

¹⁴⁰ Mas não só, uma vez que, como refere GIUSEPPE FAUCEGLIA, *Il Franchising: Profili Sistemati e Contrattuali*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Giuffrè Editore, Milão, 1988, pág. 51, a cláusula de exclusividade constitui uma característica peculiar do contrato de colaboração, encontrando terreno de “fecunda aplicação” no sector distributivo.

consumidor) o justificavam¹⁴¹ –, embora não a tenha erigido como elemento indispensável à economia deste contrato, o que igualmente sucedeu com os Regulamentos posteriores (2790/1999, que veio mesmo considerar a cláusula de exclusividade territorial absoluta como uma restrição grave da concorrência e, portanto, de considerar não abrangida pelo regime de isenção nele previsto; e 330/2010, que manteve essa classificação da protecção territorial absoluta no elenco constante no seu artº 4º, embora admitindo uma eventual restrição relativa ao local de estabelecimento do franquiado.

Na doutrina encontramos posições divergentes sobre a questão.

Há quem defenda a essencialidade deste elemento por entender que na protecção do franquiado contra a concorrência se funda parte do êxito do negócio e, por isso mesmo, a decisão deste de assumir o risco de integrar uma rede de distribuição, investindo por vezes elevados montantes¹⁴².

E há quem entenda que a exclusividade não é um elemento essencial do contrato de franquia. Uns justificando essa posição pela própria finalidade do contrato de franquia, pois consideram que as vantagens competitivas que os franquiados adquirem em consequência da respectiva integração na rede não derivam necessariamente da concessão de exclusividade¹⁴³, outros no facto de tal cláusula nem sequer estar presente em todos os contratos de franquia e mesmo quando o integra, a exclusividade que pretende assegurar só existe durante o período necessário e suficiente para o franquiado criar uma clientela própria¹⁴⁴.

¹⁴¹ Considerandos 7 e 8.

¹⁴² Neste sentido, o qual considera ser o maioritariamente aceite, vide GALLEGO SÁNCHEZ, *La Franquicia*, cit., pág. 70 e segs.; MAYORGA TOLEDANO, *El contrato mercantil de franquicia*, 2ª ed., Editorial Comares, Granada, 2007, pág. 134 e segs.; CATALINA RUIZ-RICO RUIZ, *El Contrato de Franquicia y sus Limites Jurídicos, Problemática Actual*, cit., pág. 126 segs.; GIUSEPPE FAUCEGLIA, *Il Franchising: Profili Sistematici e Contrattuali*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Giuffrè Editore, Milão, 1988, pág. 52, defende que a exclusividade representa um índice de reconhecimento do contrato, encontrando a sua justificação num contexto negocial enriquecido por obrigações adicionais, de modo que, mesmo que ela não possa ser considerada um elemento caracterizador e qualificante do contrato, torna-se um seu elemento natural; RIGOL GASSET, *La franquicia. Una estrategia de expansion*, cit., pág. 62 e segs.; ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos en las relaciones internas*, cit., pág. 101 e segs., embora entenda que a questão da exclusividade não radica tanto no território mas antes na sinalagmaticidade do contrato, defende a necessidade de ser assegurada uma base económica ao contrato.

¹⁴³ AURORA HERNANDO GIMÉNEZ, *El Contrato de Franquicia de Empresa*, cit., pág. 261.

¹⁴⁴ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 201 e segs.

6.2.1.6. Retoma de stocks

O contrato de franquia pode prever e, como veremos oportunamente, algumas vezes isso sucede, que o franquiado mantenha uma quantidade mínima obrigatória de produtos em stock, sejam eles bens destinados à venda ou mercadorias para serem utilizadas na prestação de serviços, ou ainda matérias-primas para a produção de bens, consoante se trate de franquia de distribuição, de serviços ou de produção, respectivamente.

Ocorre, por outro lado, que, a partir do momento em que cessa o contrato, o franquiado fica impedido de manter a respectiva actividade e, conseqüentemente, de escoar os produtos, dos quais é proprietário, que mantinha em stock à data da extinção da relação contratual, desde logo por se tratar de "bens de marca" que já não está autorizado a utilizar.

Pelo que, na falta de acordo, aquando da cessação do contrato, quanto ao destino a dar aos produtos que o franquiado detém em stock, tal impedimento pode, em grande parte das situações, ocasionar-lhe elevados prejuízos.

Por esse motivo o contrato de franquia inclui, por vezes, uma cláusula que impõe a reaquisição de stocks pelo franquiador em caso de extinção do mesmo¹⁴⁵.

A doutrina¹⁴⁶, ao mesmo tempo que considera aconselhável a regulação prévia da situação em causa, defende que a solução da mesma deverá passar pela consagração de uma obrigação de retoma dos stocks pelo franquiador.

6.2.2. Obrigações do franquiado

6.2.2.1. Obrigação de explorar a franquia

Entre as obrigações que decorrem do contrato para o franquiado, será de sublinhar desde logo aquela que lhe impõe desenvolver a actividade que é objecto do contrato de

¹⁴⁵ ALFARO ÁGUILA-REAL, "Franchising", in *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995, pág. 3156, considera mesmo que, extinto o contrato, o franquiador fica obrigado não apenas a indemnizar o franquiado pelo investimento realizado e ainda não amortizado, como também a recomprar-lhe o stock existente à data da cessação, quando seja de deduzir a impossibilidade de este último continuar a comercializar os produtos objecto de distribuição.

¹⁴⁶ Vide, entre outros, PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 169 e MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 204. JEAN-MARIE LELOUP, *La Franchise – Droit e Pratique*, cit., pág. 242, afirma que o stock deve ser retomado pelo franquiador sempre que o franquiado está obrigado por uma cláusula de não concorrência consecutiva à ruptura contratual.

franquia, tarefa em cuja execução deve observar quer a utilização dos sinais distintivos da rede quer a exploração do saber-fazer que lhe é transmitido pelo franquiador¹⁴⁷.

O Código de Deontologia Europeu do Franchising, na definição da franquia que oferece, fala na imposição, ao franquiado, da obrigação “de explorar uma empresa de acordo com o seu conceito”.

Difícilmente se conceberá que o franquiado adquira contratualmente o direito de explorar um determinado negócio para, depois, deixar de o exercer¹⁴⁸. Não obstante, uma tal situação, a acontecer – pense-se naquelas situações em que o franquiado, por falta (não detectada pelo franquiador na fase de selecção) de capacidade, negligencia o desenvolvimento da sua actividade –, é apta a provocar prejuízos para o franquiador, na medida em que, desse modo, ele deixará de poder cumprir os seus objectivos de expansão da rede criada e de afirmação da imagem de marca respectiva.

Mas não só. Tendo em conta que a franquia se desenvolve num sistema de rede, todos os restantes franquiados são, por norma, afectados pelo incumprimento por parte de um deles.

Por esse motivo se reconhece habitualmente ao franquiador a liberdade de escolha no que respeita à selecção dos seus franquiados, do mesmo modo que é unanimemente aceite o carácter ‘*intuitu personae*’ do contrato de franquia¹⁴⁹.

6.2.2.2. Pagamento de contrapartidas pelas prestações do franquiador

Como vimos já, o contrato de franquia é um contrato oneroso. As prestações do franquiador têm como contrapartida outras prestações realizadas pelo franquiado.

Ou seja, os benefícios que advêm para o franquiado das prestações efectuadas pelo franquiador, traduzidas principalmente na licença de utilização da sua imagem de marca, na

¹⁴⁷ Neste sentido vide AURORA HERNANDO GIMÉNEZ, *El Contrato de Franquicia de Empresa*, cit., págs. 292 e segs. e MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., págs. 181 e segs.. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Franchising”, in *Enciclopedia Jurídica Básica*, cit., pág. 3154, considera fundamental a obrigação de o franquiado levar a cabo a actividade empresarial objecto do contrato, sob as orientações e de acordo com a concepção do franquiador.

¹⁴⁸ JEAN-MARIE LELOUP, *La Franchise, Droit e Pratique*, cit., pág. 47, considera que a reiteração fiel do modelo objecto da franquia é, para o franquiado, uma obrigação essencial que, de resto, é estabelecida no seu interesse, uma vez que o valor que ele paga ao franquiador é precisamente o correspondente do seu direito de explorar esse modelo.

¹⁴⁹ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 183.

comunicação e actualização de saber-fazer e na prestação contínua de assistência técnica, são contrabalançados por um conjunto de prestações pecuniárias a favor deste último, às quais o franquiado está contratualmente obrigado.

Desse conjunto – que pode incluir o direito do franquiador a uma percentagem dos lucros obtidos pelo franquiado, ou a contribuição deste para um fundo comum destinado à publicidade da rede – fazem quase sempre parte uma prestação inicial, também chamada de “direito de entrada” e prestações periódicas, ou “royalties”.

A prestação inicial corresponde, por norma, ao pagamento de uma importância fixa, a ter lugar no momento da celebração do contrato.

O que representa a obrigação da prestação inicial não acolhe unanimidade na doutrina.

Aponta-se que, em determinadas situações, essa prestação constitui não um pagamento em benefício do franquiador, mas apenas uma caução prestada em seu favor. Quanto à finalidade dessa caução, há quem defenda que ela se destina a garantir uma duração mínima do contrato¹⁵⁰, ou a compensar o risco que o franquiador corre ao transmitir o saber-fazer para um franquiado que, pela gestão “menos feliz” que imprime ao negócio, se vem a demonstrar ter constituído uma escolha incorrecta do franquiador¹⁵¹, ou ainda a garantir o cumprimento, pelo franquiado, das prestações periódicas¹⁵².

Atribui-se-lhe, também, a função de contrapartida a pagar pelo franquiado pelo direito de entrada na rede de franquias¹⁵³, remunerando, desse modo, o franquiador pelos custos que teve de suportar com o desenvolvimento da fórmula original na qual assenta a franquia.

A maioria da doutrina¹⁵⁴ entende, no entanto, que essa prestação do franquiado representa antes a contrapartida de uma série de prestações que estão a cargo do franquiador aquando do início da actividade do franquiado, ou até em momento anterior. De entre elas se salientando a autorização da utilização da sua imagem de marca, a comunicação do saber-

¹⁵⁰ PEREIRA BARROCAS, “O Contrato de “Franchising”, in *ROA*, cit., pág. 141.

¹⁵¹ M. BARATA SIMÕES, *Franchising, franquia, inovação e crescimento*, cit., pág. 53.

¹⁵² GALLEGO SÁNCHEZ, *La Franquicia*, cit., pág. 65.

¹⁵³ ROBERTO BALDI, *Il Contratto di Agenzia, La Concessione di Vendita, Il Franchising*, cit., pág. 167.

¹⁵⁴ Vide, entre outros, RIGOL GASSET, *La franquicia. Una estrategia de expansion*, cit., pág. 106, BESCÓS TORRES, *Factoring y Franchising, Nuevas Técnicas de Dominio de los Mercados Exteriores*, cit., pág. 181, ISABEL ALEXANDRE, “O Contrato de Franquia (Franchising)”, in *O Direito*, cit., pág. 362 e MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 186, nota 495, *in fine*.

fazer indispensável para o arranque dessa actividade, assim como a sua formação inicial e do seu pessoal e ainda a prestação da assistência técnica necessária nessa fase.

É este último o entendimento que julgamos também ser o mais correcto, não obstante nos pareça igualmente aceitável que a prestação inicial possa ter a função de pagar o acesso do franquiado à rede de franquias, constituindo, desse modo, como refere PEREIRA BARROCAS, “a compensação do franquiador por colocar à disposição do franquiado a mais-valia de um negócio estruturado e com nome feito no mercado”¹⁵⁵.

Defensável não parece a teoria da caução, desde logo porque, a ser assim, o montante da prestação inicial teria que ser restituído ao franquiado no caso de não vir a ocorrer qualquer das situações cuja verificação com ela se pretendeu garantir¹⁵⁶.

O valor da prestação inicial é variável, dependendo de factores como a notoriedade da marca, a assistência oferecida, as características do mercado da zona de implantação do estabelecimento franquiado, a atribuição ou não de exclusividade para a exploração do negócio, etc.. Isto é, o montante desse direito de entrada, que é, em regra, fixo, é calculado tendo em conta uma série de variáveis fundamentadoras das expectativas de rentabilidade do negócio.

Como se disse, para além do direito de entrada pode ainda prever-se no contrato a obrigação de o franquiado realizar prestações periódicas a favor do franquiador.

Os “royalties” são, igualmente, a contrapartida de prestações do franquiador em benefício do franquiado, estas realizadas ao longo da execução do contrato.

A sua função consiste, portanto, em compensar o franquiador pelos serviços permanentemente disponibilizados ao franquiado durante o desenvolvimento da relação contratual, designadamente a assistência técnica, a actualização do saber-fazer, a formação profissional, a promoção da imagem de marca, etc.¹⁵⁷.

As prestações periódicas são, em regra, pagas mensalmente. Pode, contudo, ser acordada uma periodicidade diferente. Assim como pode o valor a pagar ser integrado no preço dos bens a fornecer pelo franquiador ao franquiado.

¹⁵⁵ PEREIRA BARROCAS, “O Contrato de “Franchising”, in *ROA*, cit., pág. 141.

¹⁵⁶ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 188.

¹⁵⁷ PEREIRA BARROCAS, “O Contrato de “Franchising”, in *ROA*, cit., pág. 154.

O valor respectivo, que também deve ser definido no contrato, pode variar em função do tipo de franquia e da importância dos serviços prestados, assim como de outros factores, como, por exemplo, a maior ou menor dificuldade do franquizador no acesso à informação relativa ao cálculo da prestação.

Na maior parte dos casos e em qualquer tipo de franquia, o valor consiste numa percentagem sobre o volume de negócios a realizar pelo franquiado; mas pode consistir ainda, nas franquias de distribuição em que tenha sido convencionado o fornecimento exclusivo, numa percentagem sobre o valor dos bens fornecidos pelo franquizador; quando o franquizador tenha dificuldade de acesso a informação sobre o volume de negócios do franquiado, o valor da prestação pode corresponder a uma percentagem sobre os lucros obtidos por este ou mesmo a um montante fixo.

Refira-se ainda que a fixação do valor da prestação periódica é muitas vezes utilizada pelo franquizador para estimular o franquiado a maximizar as vendas, ao estabelecer a degressividade da percentagem em função do aumento do valor da respectiva facturação¹⁵⁸.

Pode também acontecer as partes acordarem que o franquiado apenas fique obrigado ao cumprimento de uma das espécies de prestação.

Aliás, a doutrina costuma realçar esse aspecto quando confronta os sistemas de franquia “europeu” e “norte-americano” para nelas encontrar elementos distintivos.

Ao contrário do que sucede nos Estados Unidos, onde os contraentes acordam habitualmente a fixação de apenas um direito de entrada, não havendo lugar ao pagamento de prestações periódicas¹⁵⁹, o franquiado europeu mostra-se sempre relutante no pagamento da prestação inicial, principalmente se for de montante muito elevado, preferindo pagar royalties mais altos, o que lhe permite, por um lado correr menor risco com o eventual insucesso do negócio e, por outro, manter o franquizador como um parceiro efectivo na prestação de apoio e aconselhamento ao longo da relação contratual¹⁶⁰.

¹⁵⁸ MARTÍNEZ SANZ, “Contratos de Distribución Comercial: Concesión Y Franchising”, in *Scientia Iuridica*, cit., pág. 364.

¹⁵⁹ PESTANA DE VASCONCELOS, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, cit., pág. 35.

¹⁶⁰ MAURO BUSSANI e PAOLO CENDON, *I Contratti Nuovi (casi e materiali di dottrina e giurisprudenza) – Leasing, Factoring, Franchising*, Giuffrè Editore, Milão, 1989, pág. 423; GIUSEPPE FAUCEGLIA, *Il Franchising: Profili Sistematici e Contrattuali*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, cit., pág. 77.

6.2.2.3. Obrigação de suportar o controlo da actividade pelo franquizador

Constitui elemento essencial de qualquer contrato de franquia a obrigação, imposta ao franquiado, de suportar o controlo por parte do franquizador.

Seja qual for a modalidade de franquia em causa, sempre o franquizador exigirá a inclusão no contrato de uma cláusula que lhe assegure o direito de fiscalizar a utilização que o franquiado faça dos activos que lhe transmitiu.

Tal exigência costuma ser fundamentada na necessidade de preservação da imagem de marca da rede¹⁶¹ e na utilização adequada do saber-fazer transmitido.

A franquia será um negócio apelativo enquanto a imagem da rede mantiver a notoriedade que lhe permite captar e fidelizar clientela. Se assim for, todos retirarão vantagens da sua prática: o franquizador continuará a retirar proveitos da entrada de novos franquiados e da expansão da rede; os franquiados acedem a um negócio com boas perspectivas de lucro, sem correr os riscos associados ao início de uma actividade comercial tradicional. A tarefa de assegurar a preservação da imagem da rede cabe especialmente ao franquizador. É ele que deve, em primeira linha, promovê-la através de estratégias de marketing e de publicidade, assim como da constante actualização das técnicas que permitiram consolidá-la no mercado.

É, porém, fundamental que seja garantida a repetição dessa imagem de marca em todos os pontos da rede, isto é, que haja homogeneidade da imagem da rede¹⁶². Tal objectivo só pode ser alcançado se a actividade de cada um dos franquiados for exercida em estreita conformação com os métodos empresariais e comerciais estabelecidos pelo franquizador.

Sucede que o franquiado pode, por vezes, no exercício da sua actividade, optar por tomar decisões, que considera mais vantajosas mas que não respeitam as orientações

¹⁶¹ Como refere CESARE VACCÀ, “Gli Accordi di Franchising, Il controllo sulla formazione del contratto e le condizioni di fine rapporto”, in *Diritto del Commercio Internazionale*, cit., pág. 260, a imagem do franquizador é, em grande medida, reflexo do comportamento do franquiado em razão do uso que este último faz da marca da qual o primeiro é titular.

¹⁶² BESCÓS TORRES, *Factoring y Franchising, Nuevas Técnicas de Dominio de los Mercados Exteriores*, cit., pág. 176. GIANMARIA GALIMBERTI, *Il Franchising*, cit., págs. 39 e segs.. Como ensina CANDIDO PAZ-ARES, “La terminación de los contratos de distribución”, in *Advocatus*, cit., pág. 39, ao abordar o problema da externalidade, a homogeneidade tem uma importância crucial na medida em que o consumidor confia na qualidade uniforme dos produtos ou serviços que procura em qualquer dos pontos da rede. Quando, porém, ele comprova a variação, no sentido negativo, da qualidade em algum desses estabelecimentos, tende a reportar a toda a rede a sua reprovação por essa baixa de qualidade. Tal reacção, como explica o Autor, não é em absoluto irracional, dado que embora perceba que no caso o problema é daquele estabelecimento e respectivo franquiado, ele tende a reprovar antes o franquizador pelo facto de este não ter exercido em termos adequados o controlo que garantisse a homogeneidade da rede.

prescritas pelo franquiador e que, desse modo, podem desvirtuar o objectivo que presidiu à criação e instalação da rede, acarretando prejuízos não apenas para o franquiador mas também para todos os franquiados nela integrados¹⁶³.

Para reduzir ao mínimo a possibilidade de ocorrência de tais situações, é fundamental que a actividade dos franquiados possa ser fiscalizada por quem concebeu e desenvolveu o conceito de negócio em que se traduz a franquia: o franquiador.

O controlo da actividade dos franquiados constitui, de resto, mais do que um direito do franquiador. Trata-se, antes, de um dever funcional, ou seja, de uma tarefa que lhe incumbe desempenhar no interesse próprio, mas também no dos seus franquiados. De facto, ao exercer controlo e fiscalização da rede, no sentido de proteger a integridade da respectiva imagem de marca, ele não tem, apenas, em vista evitar a ocorrência dos prejuízos que para si próprio podem advir dos comportamentos dos franquiados que, de forma negativa, possam afectar essa imagem. Essa tarefa é-lhe também imposta como contrapartida do direito de utilização da imagem de marca, que contratualmente cedeu, no sentido de velar para que não ocorram comportamentos de alguns dos franquiados da rede que prejudiquem os restantes¹⁶⁴.

A fiscalização da actividade dos franquiados é, portanto, essencial para assegurar a manutenção e homogeneidade da imagem de marca da rede e, desse modo, para o sucesso da franquia¹⁶⁵.

Não obstante, o controlo é também um meio especialmente apto a proporcionar a obtenção de informações relativas à actividade do franquiado, cujo conhecimento é importante para o franquiador, nomeadamente quando elas possam revelar condutas desleais deste último. É assim com, entre outras, as informações sobre o volume de facturação, que permitem não só avaliar o desempenho do franquiado, como ainda a existência de eventuais

¹⁶³ Por esse motivo considera MARTIN MENDELSON, (*The Guide to Franchising*) *Guia Prática de La Franquicia*, cit., pág. 107, que ainda que, basicamente, o contrato de franquia consista numa relação contratual entre franquiador e franquiado, afecta terceiros, designadamente e "em primeiro lugar, todos os outros franquiados dentro da cadeia..." .

¹⁶⁴ No mesmo sentido vide ALFARO ÁGUILA-REAL, "Franchising", in *Enciclopedia Jurídica Básica*, cit., pág. 3155.

¹⁶⁵ O Regulamento (CEE) n° 4087/88, da Comissão, de 30 de Novembro, ao reputar como bens dignos de tutela a homogeneidade da rede e a reputação da sua imagem, bem como ao considerar não abrangidas pelo n° 1 do art. 85° do Tratado da União Europeia, respeitante às regras da concorrência, entre outras a capacidade do franquiador para fiscalizar os negócios e a contabilidade do franquiado, legitimou claramente o poder de direcção do franquiador. Cfr. ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos em las relaciones internas*, cit., pág. 377. Vide ainda FABIO BORTOLOTTI, "Concessione di vendita, franchising e altri contratti di distribuzione. Normativa antitrust. Contratti internazionali di distribuzione", in *Manuale di Diritto della Distribuzione*, cit., pág. 56.

manobras de subvalorização da facturação real e consequente redução do valor dos royalties a pagar e com as que permitam constatar a existência de risco para a confidencialidade do saber-fazer transmitido.

O controlo da actividade dos franquizados pelo franquizador pode assumir várias formas, especificadas no contrato. O manual operativo, que fixa o conjunto dos comportamentos que devem ser observados por todos os franquizados que integram a rede no exercício da respectiva actividade, constitui uma delas, talvez a mais importante. A prestação da assistência técnica especializada permite, por seu lado, controlar a margem de liberdade dos franquizados no que respeita, principalmente, à redução da sua criatividade. De entre as outras formas utilizadas, destacam-se as visitas de controlo periódico, com carácter aleatório, que podem ser efectuadas pelo franquizador ou por um seu representante, com conhecimento do franquizado, ou por “cliente incógnito” (mystery shopper), ou seja, por alguém que adoptando um comportamento típico de mero cliente realize o controlo para o franquizador sem que o franquizado disso tenha conhecimento. Também é habitual o controlo através da avaliação da relação do franquizado com a clientela, recorrendo o franquizador a métodos como a criação de uma linha telefónica directa, comum a toda a rede, para o atendimento a clientes, ou a promoção de inquéritos de satisfação aos clientes que integram a base de dados da rede¹⁶⁶.

Se a independência jurídica e a autonomia económica não podem prejudicar a integração do franquizado numa estrutura empresarial disciplinada como é uma rede de franquia, não é, no entanto, aceitável que o controlo pelo franquizador seja efectuado à revelia de quaisquer limitações. O controlo não pode, pela sua excessividade, converter-se numa intolerável intromissão nos assuntos do franquizado.

Importante é que se proceda, no contrato, a uma rigorosa delimitação das faculdades de intervenção do franquizador sobre o franquizado, nada autorizando que se conclua que se o contrato não prevê uma específica faculdade de controlo, esta haja sido objecto querido da relação contratual¹⁶⁷.

¹⁶⁶ PAULO LOPES PORTO e SANTIAGO BARBADILLO DE MARIA, *Franchising, Passo a Passo*, cit., pág. 45 segs..

¹⁶⁷ Cfr. ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos en las relaciones internas*, cit., pág. 378, para quem independentemente da formulação negocial concreta, o franquizador possui um poder de decisão empresarial, cujo limite são os “fins de optimização empresarial que constituem interesse convergente dos contraentes”.

Fundamentalmente deve ser respeitada a independência dos contraentes, designadamente do franquiado, pois é ela que representa o “limite natural”¹⁶⁸ do controlo, o ponto a partir do qual o seu exercício tende a confundir-se com o poder de direcção da entidade patronal e, portanto, a revelar que estaremos perante um contrato de trabalho e não um contrato de franquia.

Por outro lado, como refere GALLEGO SÁNCHEZ, embora se reconheça a necessidade de um certo controlo como essencial para o sucesso do contrato, ele não deve ser demasiado rígido, por não ser justo que a capacidade de decisão venha a ser concedida a quem, “em definitivo, não vai assumir os riscos derivados de uma actuação conforme”¹⁶⁹.

Aliás, o abuso no exercício do poder de controlo tem até consequências ao nível do direito da concorrência, uma vez que, a verificar-se, poderá constituir motivo de revogação da isenção, nos termos do disposto no art. 29º do Regulamento (CE) nº 1/2003 do Conselho, de 16 de Dezembro de 2002¹⁷⁰.

Após a análise daquelas que são geralmente referidas como as obrigações essenciais do franquiado, debruçar-nos-emos, de seguida (a exemplo do que fizemos relativamente ao franquiador), sobre algumas das suas várias obrigações eventuais, nomeadamente sobre as que mais recorrentemente são pactuadas.

6.2.2.4. Proibição de deslocação do estabelecimento

Principalmente nas franquias de distribuição e de serviços, o estabelecimento do franquiado deve assumir um conjunto de características que o tornem apto a fazê-lo surgir aos olhos do público “com a imagem empresarial” do franquiador.

Essas características não se relacionam apenas com o seu aspecto, quer interior quer exterior, que permite criar uma uniformidade de imagem relativamente a todas as unidades que integram a rede.

A localização do estabelecimento, na medida em que “a imagem da marca está relacionada com a zona e o tipo de estabelecimento em que são comercializados os bens e/ou

¹⁶⁸ RIGOL GASSET, *La franquicia. Una estrategia de expansion*, cit., pág. 61.

¹⁶⁹ GALLEGO SÁNCHEZ, *La Franquicia*, cit., pág. 95, nota 59.

¹⁷⁰ Relativo à execução das regras da concorrência estabelecidas nos arts. 81º e 82º do Tratado da UE, publicado no JOCE de 04/01/2003, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>

prestados os serviços”¹⁷¹, pode constituir uma condição essencial para o sucesso da franquia¹⁷².

Por esse motivo, ela é normalmente da escolha do franquizador, por ser ele quem mais bem preparado está para tal tarefa, em face não só do conhecimento decorrente do desenvolvimento do conceito de negócio em que se traduz a franquia, como também dos obtidos através de estratégias de marketing concebidas para a sua actualização, e ainda da experiência acumulada quer com as suas unidades piloto quer com as restantes unidades da rede. Aliás, a opção do franquizador pela localização do mesmo é, seguramente, alicerçada em razões de maximização da rentabilidade em benefício não só próprio como, obviamente, do franquiado.

Não faria, desse modo, sentido que o franquiado pudesse livremente deslocar o estabelecimento.

E, por isso, o contrato de franquia inclui, frequentemente, uma cláusula de localização, nos termos da qual fica afastada a possibilidade de o estabelecimento ser deslocado sem o consentimento do franquizador¹⁷³.

6.2.2.5. Obrigação de não-concorrência

O contrato de franquia integra habitualmente uma cláusula nos termos da qual o franquiado fica obrigado a abster-se de fazer concorrência ao franquizador enquanto durar o contrato, obrigação que pode mesmo prolongar-se durante um determinado período para lá da respectiva cessação.

A inserção de uma tal cláusula de não-concorrência determina que o franquiado não pode, durante a vigência do contrato, exercer qualquer outra actividade empresarial que possa

¹⁷¹ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 195.

¹⁷² ROBERTO BALDI, *Il Contratto di Agenzia, La Concessione di Vendita, Il Franchising*, cit., pág. 180, refere que a localização do estabelecimento do franquiado pode assumir um papel determinante não apenas para a celebração do contrato mas também na própria estrutura distributiva do franquizador, sobretudo quando este conceda exclusividade territorial mais ou menos ampla e/ou detenha uma rede de pontos de venda directa.

¹⁷³ Refira-se, aliás, a circunstância de uma tal cláusula ter sido objecto de apreciação na conhecida decisão PRONUPTIA, do Tribunal das Comunidades Europeias de 28 de Janeiro de 1986, na qual se entendeu que as exigências de apresentação uniforme da rede de franquia justificam que se imponha ao franquiado a obrigação de não transferir o seu estabelecimento sem o assentimento do franquizador (considerando 19)).

ser entendida como concorrente¹⁷⁴ daquela que lhe cabe desenvolver no âmbito do contrato celebrado com o franquiador.

Na base da imposição desta obrigação ao franquiado estão, necessariamente, motivos de cariz económico. De facto, o exercício de uma actividade concorrente por parte deste conduziria por certo ao relaxamento da sua concentração na exploração do negócio objecto do contrato que celebrou com o franquiador, contribuindo para a deterioração da operatividade da rede e, portanto, da sua imagem. Além, obviamente, dos efeitos negativos decorrentes do facto de com essa actividade fazer concorrência à marca cuja imagem lhe cabe promover e defender. As consequências negativas dessa conduta do franquiado provocariam seguramente um decréscimo de rentabilidade que iria afectar não só o franquiador como ainda os restantes franquiados da rede.

Além das razões económicas, também a necessidade de manter o segredo quanto ao saber-fazer transmitido¹⁷⁵ e de proteger os direitos de propriedade intelectual do franquiador¹⁷⁶ têm sido apontadas como fundamento da inserção, no contrato de franquia, da cláusula de não-concorrência. O saber-fazer constitui, como vimos já, um elemento essencial deste tipo de contrato, sendo a confidencialidade uma das suas características fundamentais. Pelo que na ausência dessa particularidade não existirá saber-fazer e, consequentemente, não estaremos decerto perante “um contrato de franquia, mas antes de uma – mais ou menos extensa – licença de uso de marca”¹⁷⁷.

¹⁷⁴ De acordo com RIGOL GASSET, *La franquicia. Una estrategia de expansion*, cit., pág. 103, a cláusula de não concorrência estende-se aos signos distintivos da marca do franquiador, como slogans similares, publicidade comparável, vendas de produtos idênticos e adesão a uma empresa competidora.

¹⁷⁵ ANA PAULA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) – No Direito Interno e no Direito Internacional*, cit., pág. 53 refere que a obrigação de não-concorrência pode desdobrar-se em duas: a obrigação de confidencialidade, que sobrevive mesmo após a extinção do contrato, e a obrigação de não concorrência propriamente dita, que pode permanecer após a extinção do contrato, por um período razoável.

¹⁷⁶ A Comunicação 2000/C 291/01, da Comissão das CE (Publicada no JOCE de 13/10/2000, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>), no seu ponto 44, referia que “são geralmente consideradas necessárias para proteger os direitos de propriedade intelectual do franquiador” e, desse modo, cobertas pelo Regulamento (CE) nº 2790/1999, da Comissão, de 22 de Dezembro (também denominado Regulamento de Isenção por Categoria), relativo à aplicação às empresas das regras da concorrência previstas no nº 3 do art. 81º do Tratado da CE, uma série de obrigações do franquiado, relacionadas com a não concorrência, como as de não desenvolver, directa ou indirectamente, quaisquer actividades semelhantes (al. a); não adquirir participações financeiras no capital de uma empresa concorrente, de tal modo que esse facto lhe conferisse o poder de influenciar o comportamento económico dessa empresa (al. b); e não utilizar o saber-fazer licenciado para outros efeitos que não a exploração da franquia (al. f).

¹⁷⁷ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 206.

A obrigação de não-concorrência é ainda imposta pelo princípio da boa fé, que exige o respeito por deveres como o de lealdade entre os contraentes. Numa relação marcada por “factores como o interesse comum e a criação de uma comunidade de interesses, por efeito da comercialização sob elementos identificadores unitários”¹⁷⁸ o exercício, por qualquer das partes, durante a execução do contrato, de actividade concorrente com aquela que constitui o seu objecto, constitui um comportamento que pode considerar-se desleal.

Como já referimos, esta obrigação pode prolongar-se, e normalmente é isso que é convencionado, durante um determinado período para lá da cessação do contrato.

6.2.2.6. Obrigação de segredo

O contrato de franquia integra geralmente uma cláusula que obriga o franquiado a respeitar e fazer respeitar aos seus funcionários e colaboradores um dever de confidencialidade relativamente ao conteúdo do objecto da franquia, designadamente aos conhecimentos que lhe são transmitidos pelo franquiador.

Como se referiu já, o saber-fazer é um elemento essencial deste tipo de contrato, sendo a confidencialidade uma das suas características fundamentais. Quando o conjunto de conhecimentos e experiências que o constituem passe a ser “normalmente conhecido ou de fácil obtenção”, o saber-fazer deixa de existir como tal¹⁷⁹, não se podendo, numa tal situação, falar de contrato de franquia.

Esta essencialidade do segredo no que respeita ao saber-fazer implica que o mesmo se deva considerar inerente ao contrato de franquia, não sendo, por isso necessária, para alguma doutrina, a previsão da obrigação de confidencialidade¹⁸⁰.

Não obstante, tendo em conta exactamente o seu relevante valor, os franquiadores procuram habitualmente organizar a sua protecção logo no plano contratual, fazendo inserir no acordo cláusulas cujo alcance é particularmente dissuasivo da violação do segredo, na

¹⁷⁸ ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos em las relaciones internas*, cit., pág. 325.

¹⁷⁹ Como refere GOMEZ SÉGADE, *El secreto industrial (know-how). Concepto y protección*, cit., pág. 149, se o know-how não tem carácter secreto, desaparece o monopólio de facto, que lhe proporcionava valor frente aos competidores e, portanto, perde integralmente o seu valor, ou seja, não é know-how.

¹⁸⁰ Neste sentido vide RIGOL GASSET, *La franquicia. Una estrategia de expansion*, cit., pág. 102, que considera ser a obrigação de confidencialidade “uma obrigação natural do contrato”.

medida em que prevêem frequentemente a automática ruptura do contrato ou o pagamento de pesadas sanções financeiras a cargo do violador¹⁸¹,

A obrigação de guardar sigilo relativamente ao saber-fazer adquirido pelo franquiado em virtude do contrato deve, obviamente, ser observada enquanto durar a execução do mesmo. Mas não só. Mesmo após a extinção da relação contratual, essa obrigação pode subsistir. De acordo com a alínea c) do Ponto 44 da Comunicação 2000/C 291/01, da Comissão das CE¹⁸², ela deve permanecer enquanto o saber-fazer comunicado “não se tiver tornado do domínio público”, o que significa a possibilidade, já admitida no Regulamento (CE) n° 2790/1999, da Comissão, de 22 de Dezembro¹⁸³, de impor uma restrição ilimitada no tempo à utilização e divulgação do saber-fazer que não seja ainda do domínio público.

6.2.2.7. Cláusula de publicidade

A publicidade é fundamental para a divulgação dos produtos ou serviços cuja comercialização se pretende com a criação da franquia. A imagem de marca que constitui o activo essencial da franquia só será possível de alcançar e manter se for sustentada por uma adequada estratégia publicitária¹⁸⁴.

Na medida em que quer o franquiador quer o franquiado beneficiam da rentabilidade proporcionada pela marca, ambos têm interesse em assegurar a execução de uma política publicitária que permita preservar a respectiva notoriedade.

Dessa comunidade de interesses resulta, portanto, uma obrigação de promoção da imagem de marca através dos meios publicitários, comum a ambos os contratantes.

No contrato de franquia prevê-se geralmente a existência de obrigações de promoção de publicidade em três âmbitos: a publicidade de abertura ou lançamento do estabelecimento, a

¹⁸¹ CHRISTINE MATRAY, *Le Contrat de Franchise*, cit., pág. 84. Vide também GIUSEPPE FAUCEGLIA, *Il Franchising: Profili Sistematici e Contrattuali*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, cit., pág. 70 e segs., que considera ser a obrigação de segredo comum a ambos os contraentes, sobretudo no âmbito da franquia de produção, e não estar apenas prevista, como normalmente sucede, a cargo do franquiado. No mesmo sentido, vide ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos en las relaciones internas*, cit., pág. 306.

¹⁸² Publicada no JOCE de 13/10/2000, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>

¹⁸³ Publicado no JOCE de 29/12/1999, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/>

¹⁸⁴ Neste sentido BESCÓS TORRES, *Factoring y Franchising, Nuevas Técnicas de Dominio de los Mercados Exteriores*, cit., pág. 184, que considera a publicidade “um dos pilares do plano de marketing [a par da estratégia de produto/serviço, da política de prelos e da distribuição e serviço] para o funcionamento com êxito da rede de franquia”.

publicidade local ou regional e a publicidade nacional ou internacional, sendo que as duas primeiras são normalmente desenvolvidas pelo franquiado e a última sempre pelo franquizador.

A promoção publicitária tem que ser enquadrada numa estratégia adequada à finalidade de preservação da imagem de marca. Estratégia cuja condução terá de caber ao franquizador, não apenas por ser quem concebeu e desenvolveu o conceito de negócio em que se traduz a franquia, como também por ser quem detém o mais amplo conhecimento da sua evolução e do plano de marketing que definiu para o exitoso funcionamento da rede.

Por isso mesmo se estipula habitualmente no contrato de franquia que a publicidade que deva ser assumida pelo franquiado, será desenvolvida de acordo com a prévia autorização do franquizador, ou, como refere BESCÓS TORRES, “sob a gestão e direcção geral estratégica do franquizador”¹⁸⁵.

Os custos com a execução da política publicitária são suportados por um fundo comum de marketing para o qual são canalizadas as importâncias periodicamente pagas pelos franquiados a título de taxa de publicidade. A gestão desse fundo é realizada pelo franquizador, que dela presta contas aos franquiados.

A obrigação de o franquiado contribuir com a taxa de publicidade para o fundo comum de marketing deve estar prevista no contrato, em cláusula na qual se estabeleça, também, o respectivo montante.

6.2.2.8. Obrigação de abastecimento exclusivo

O contrato de franquia, qualquer que seja a modalidade de franquia a que respeite, visa a utilização de marcas ou insígnias e saber-fazer propriedade do franquizador, cuja notoriedade assegura aos produtos ou serviços por elas identificados uma qualidade que os consumidores reconhecem e por isso os procuram.

É, porém, fundamental para o sucesso do negócio, que essa qualidade associada se mantenha, pois só assim é possível continuar a angariar e a fidelizar clientela.

Muitas vezes, a manutenção dos níveis de qualidade dos produtos ou serviços depende absolutamente do fornecimento do franquizador, dado que as matérias-primas e produtos de

¹⁸⁵ *Factoring y Franchising, Nuevas Técnicas de Domínio de los Mercados Exteriores*, cit., pág. 186.

que o franquiado necessita para o exercício da sua actividade só aquele se encontra em condições de fornecer, quer por serem exclusivos do conceito quer por não se verificarem neles características de qualidade objectivas que permitam ao franquiado optar por recorrer a outros fornecedores¹⁸⁶.

Por tal motivo é normal o franquiador exigir a consagração no contrato de uma cláusula nos termos da qual o franquiado fique obrigado a abastecer-se exclusivamente de produtos por si fornecidos, cláusula que embora seja habitualmente incluída nos contratos respeitantes a franquias industrial e de distribuição, nesta última constituindo mesmo uma das suas principais cláusulas, pode integrar o contrato de franquia em qualquer das modalidades desta.

Não é, todavia, apenas o objectivo da manutenção da imagem de marca que motiva o franquiador a exigir a previsão, no contrato, da obrigação de abastecimento exclusivo. De facto, ao impor ao franquiado essa obrigação ele procura, muitas das vezes, assegurar não apenas um maior rendimento pelo escoamento dos produtos que fornece, como também transferir para este o risco comercial dos “stocks” não vendidos¹⁸⁷.

A cláusula de abastecimento exclusivo choca com o princípio da livre concorrência, na medida em que impede o franquiado de adquirir produtos a fornecedores diferentes do franquiador ou dos por ele indicados e, por isso, a sua utilização tem sido limitada pelo direito comunitário da concorrência. Não obstante, é possível verificar uma progressiva tolerância quanto à respectiva admissibilidade, que parece acompanhar a crescente importância do sistema de franquia no âmbito da distribuição comercial, fenómeno que é também reconhecido ao nível da legislação comunitária¹⁸⁸.

Assim, o Regulamento (CEE) nº 4087/88, de 30 de Novembro, previa a inaplicabilidade da isenção prevista no respectivo art. 1º, respeitante à aplicação aos acordos de franquia das regras de concorrência preceituadas no nº 1 do art. 85º do Tratado de Roma (actualmente, art. 101º do Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia), sempre que o franquiado não tivesse a liberdade de adquirir os produtos objecto da franquia junto de outros franquiados ou de outros distribuidores aprovados pelo franquiador e integrassem uma rede de distribuição desses mesmos produtos. Admitia-se contudo a aplicação da isenção prevista no art. 1º do

¹⁸⁶ PAULO LOPES PORTO e SANTIAGO BARBADILLO DE MARIA, *Franchising Passo a Passo*, cit., pág. 86.

¹⁸⁷ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 207.

¹⁸⁸ Vide especialmente os Considerandos 6 e 7 do Regulamento (CEE) nº 4087/88, de 30 de Novembro; também o Considerando 6 do Regulamento (CE) nº 2790/1999, de 22 de Dezembro.

mesmo Regulamento, sem prejuízo da imposição ao franquiado da obrigação de abastecimento exclusivo, desde que ela fosse necessária para proteger os direitos de propriedade industrial ou intelectual do franquizador ou para manter a identidade comum e a reputação da rede franqueada (art. 3º, nº 1, alínea b)).

Por sua vez o Regulamento (CE) nº 2790/1999, de 22 de Dezembro, no seu art. 5º, alínea a), apenas determina a inaplicabilidade da isenção (aqui prevista no art. 2º) à obrigação de abastecimento exclusivo com duração indefinida ou superior a cinco anos, salvo se a renovação para além de cinco anos exigir o consentimento expresso de ambas as partes e não existam quaisquer obstáculos que impeçam o franquiado de pôr efectivamente termo a essa obrigação.

A Comunicação 2000/C 291/01, da Comissão das CE, na análise que faz das restrições verticais específicas, refere que “a transferência de um saber-fazer substancial justifica normalmente uma obrigação de não concorrência em relação à totalidade do período de vigência do acordo de fornecimento, tal como por exemplo no contexto dos acordos de franquia”.

O Regulamento (UE) nº 330/2010, da Comissão, de 20 de Abril, manteve o regime de inaplicabilidade constante no Regulamento anteriormente referido (art. 5º, nºs 1 e 2).

6.2.2.9. Manutenção de stocks mínimos

O contrato de franquia tem como principal objectivo a promoção e manutenção de uma imagem de marca comum em toda a rede de franquia. A tarefa de preservação dessa imagem exige a atenção constante, quer do franquizador quer dos seus franquiados, a um conjunto de factores cuja alteração pode influenciar negativamente a sua reputação.

Os níveis de qualidade dos produtos ou serviços comercializados e de profissionalismo no exercício da actividade associados à marca têm que ser invariavelmente elevados. Há, contudo, outros factores que igualmente interessa ter em conta para que não possa ser desvirtuada aquela imagem. A eliminação do risco de ruptura de stocks é um deles.

A manutenção da imagem de marca só pode ser compatível com elevados níveis de eficiência na comercialização comuns a toda a rede, seja na qualidade intrínseca dos produtos fornecidos e na assistência pós-venda, seja no atempado abastecimento da clientela.

È por essa razão que no contrato de franquia se consagra, com alguma frequência, uma cláusula através da qual se impõe ao franquiado a manutenção de stocks mínimos obrigatórios, cuja medida pode ser simplesmente fixada em determinadas quantidades ou progressivamente reportada ao volume de negócios realizados pelo franquiado¹⁸⁹.

Com o recurso a esta cláusula o franquiador tem em vista garantir que os franquiados disponham permanentemente de stocks que lhes permita o atempado abastecimento da clientela e, assim, evitar as consequências funestas para a imagem da rede que derivariam de eventuais rupturas de stocks. Mas a imposição dessa obrigação permite-lhe também, nos casos em que é o produtor ou armazenista dos bens, beneficiar do facto de poder gerir mais adequadamente os seus próprios stocks, na medida em que evita a sua indesejável acumulação.

6.2.2.10. Proibição da cessão da posição contratual

Não obstante se tratar de uma previsão desnecessária, tendo em conta não só a regra geral sobre a cessão da posição contratual, prevista no art. 424º do Código Civil, mas também o carácter '*intuitu personae*' do contrato de franquia, é comum este incluir uma cláusula que impõe ao franquiado a proibição de cessão da respectiva posição contratual sem o consentimento do franquiador.

O direito do franquiador escolher livremente os seus franquiados, cujas qualificações profissionais são uma condição para estabelecer e preservar a reputação da rede, foi reconhecido na decisão Pronuptia, proferida pelo Tribunal das Comunidades Europeias de 28 de Janeiro de 1986 (considerando 20).

7. *Distinção de figuras afins*

7.1. *Contrato de agência*

O contrato de agência é um contrato típico, que se encontra regulamentado entre nós pelo Dec.-Lei nº 178/86, de 3 de Julho, alterado pelo Dec.-Lei nº 118/93, de 13 de Abril, o

¹⁸⁹ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 208.

qual transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva 86/653/CEE do Conselho, de 18 de Dezembro de 1986.

O n.º 1 do art. 1.º daquele Dec.Lei n.º 178/86 define-o como sendo o “contrato pelo qual uma das partes [o agente] se obriga a promover por conta da outra [o principal] a celebração de contratos, de modo autónomo e estável e mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes”.

Da definição acabada de transcrever é possível destacar como essenciais do contrato os seguintes elementos: a obrigação de uma das partes promover a celebração de contratos; por conta da outra parte; de modo autónomo; de modo estável; mediante retribuição.

Não obstante o contrato de franquia comungue de alguns desses elementos essenciais, designadamente a autonomia e a estabilidade, e de vários outros que têm sido apontados como caracterizadores da categoria, que ambos integram¹⁹⁰, dos contratos de distribuição comercial – de entre os quais se costumam destacar a independência jurídica do agente e do franquiado, a sujeição da respectiva actividade a controlo e fiscalização, o dever, comum a ambos, de zelarem pelos interesses da contraparte¹⁹¹, etc. –, ele distingue-se do contrato de agência por várias razões, das quais a doutrina costuma realçar algumas das que abordaremos de seguida.

Desde logo no contrato de franquia o franquiado exerce a sua actividade agindo por conta própria, ao contrário do que sucede com o agente, que, como vimos, tem a função de promover a celebração de contratos (e a celebrá-los, quando para isso o principal lhe tiver conferido, por escrito, os necessários poderes) por conta do principal.

Além disso, o agente tem direito a receber do principal uma retribuição correspondente às comissões proporcionais ao volume de negócios realizados por este último e que tenham resultado da actividade daquele. O franquiado não recebe da contraparte qualquer retribuição pela actividade desenvolvida.

¹⁹⁰ Não obstante se tratar de opinião não pacífica, é maioritariamente aceite que o contrato de agência integra a categoria dos contratos de distribuição comercial. Vide, entre muitos outros, PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 25, nota 11, na qual o Autor dá da mudança de opinião relativamente á questão); ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos em las relaciones internas*, cit., pág. 138; CESARE VACCÀ, “Gli Accordi di Franchising, Il controllo sulla formazione del contratto e le condizioni di fine rapporto”, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 4.1, Giuffrè Editore, Milão, Janeiro-Junho 1990, pág. 243; MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, cit., pág. 201/202.

¹⁹¹ PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 71.

Por outro lado, o franquiado adquire a propriedade dos produtos que lhe são fornecidos para revenda ou para serem incorporados nos serviços a prestar, assumindo os riscos da sua comercialização, o que não sucede com o agente.

Uma outra razão apontada para a distinção entre estes dois contratos consiste no facto de o agente nenhum encargo suportar com a utilização dos sinais distintivos do principal, independentemente das vantagens que eventualmente lhe possam daí advir, ao passo que o franquiado tem de pagar determinadas quantias ao franquidor para aceder à sua rede e nela se manter e, desse modo, beneficiar da utilização (a que, de resto, está obrigado) dos seus sinais distintivos (e saber fazer)¹⁹².

7.2. *Contrato de concessão comercial*

O contrato de concessão comercial é, como o de franquia, um contrato legalmente atípico¹⁹³ e integra também a categoria dos contratos de distribuição comercial.

É definido pela doutrina como “um contrato-quadro que faz surgir entre as partes uma relação obrigacional complexa por força da qual uma delas, o concedente, se obriga a vender à outra, o concessionário, e este a comprar-lhe, para revenda, determinada quota de bens, aceitando certas obrigações – mormente no tocante à sua organização, à política comercial e à assistência a prestar aos clientes – e sujeitando-se a um certo controlo e fiscalização do concedente”¹⁹⁴.

O contrato de franquia resulta da evolução de um método de distribuição dos produtos no mercado, assente na colaboração entre empresas, e surge num estágio desse processo imediatamente a seguir ao contrato de concessão comercial¹⁹⁵.

¹⁹² MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 59.

¹⁹³ O Código Comercial de Macau define-o no seu art. 657º, nº 1, como sendo “o contrato pelo qual uma das partes, em seu nome e por conta própria, se obriga a comprar e a revender, em certa zona e de modo estável, os bens produzidos ou distribuídos pela outra, sujeitando-se a um certo controlo por parte desta”.

¹⁹⁴ PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 108.

¹⁹⁵ Neste sentido, vide PINTO MONTEIRO, “Contratos de agência, de concessão e de franquia (“franchising”)”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Separata do número especial do BFDUC, Coimbra, 1989, pág. 6 e segs. e *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 117; ORESTE CAGNASSO, “La natura del contratto di franchising”, in *I Contratti Della Distribuzione Commerciale, La Disciplina Comunitaria, L’Ordinamento Interno*, EGEA, Milão, 1993, pág. 191; PAUL-ANDRÉ MATHIEU, *La nature juridique du contrat de franchise*, cit., pág. 77.

Daí que a maior parte dos elementos que caracterizam estes dois contratos lhes sejam comuns, o que de algum modo poderá tornar mais difícil a tarefa de os distinguir¹⁹⁶.

Assim, tanto o franquiado como o concessionário actuam em nome próprio e por sua conta, ou seja, gozando ambos de autonomia jurídica, os actos de comércio que praticam são da sua exclusiva responsabilidade e, embora da sua actividade resultem benefícios para ambas as partes, atenta a colaboração que caracteriza este tipo de contratos, o certo é que ela é exercida pelos franquiado e concessionário visando primacialmente o seu próprio benefício.

Além disso, tanto o franquiado como o concessionário adquirem a propriedade dos produtos que lhes são fornecidos, em ambos os casos os destinando a revenda e assumindo cada um deles os respectivos riscos de comercialização.

Como factores distintivos destes contratos costumam ser apontados, entre outros, o facto de o concedente agir em regra sob o nome e insígnia próprios, além de utilizar na actividade que desenvolve técnicas de gestão empresarial e de comercialização próprias, ao contrário do que sucede com o franquiado, que deve obrigatoriamente utilizar quer os sinais distintivos do franquiador¹⁹⁷ quer o saber-fazer que por este lhe é transmitido através da comunicação de conhecimentos ou de formação¹⁹⁸. Como refere OLIVEIRA ASCENSÃO, a concessão dá “um poder de comercializar independente, que se afasta das vinculações da franquia”¹⁹⁹.

Essencialmente, do contrato de concessão comercial não decorre, pelo menos com idêntica intensidade, para o concessionário aquilo que marcadamente caracteriza o contrato de franquia e que consiste na recepção, à partida, pelo franquiado, de um modelo de negócio com

¹⁹⁶ MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, cit., pág. 518, considera que “as linhas divisórias entre esses dois contratos, ambos atípicos, são, fatalmente, ténues”.

¹⁹⁷ No Ac. RL de 21/01/2010, Proc. 1209/08.4TJLSB (Relatora: Desembargadora Ondina Carmo Alves), disponível em <http://www.dgsi.pt/>, salienta-se que “é a prestação principal, de *pati* - ou seja, a obrigação, a cargo do franquiador, de suportar que o franquiado utilize o seu nome, a sua insígnia ou a sua marca -, que caracteriza o contrato de franquia, que permite distingui-lo das outras figuras jurídicas próximas, nomeadamente do contrato de agência” (prestação de *facere*) e de concessão comercial (prestação de *dare*).

¹⁹⁸ ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos em las relaciones internas*, cit., pág. 48, explica que embora seja essencialmente válido, na medida em que qualifica a integração, o valor da transmissão de saber-fazer, assim como a formação, como critério distintivo dos contratos de franquia e de concessão, não explica o motivo pelo qual os concessionários do ramo automóvel, “excluídos aprioristicamente do tipo, recebem complexos know-how técnicos e formação, enquanto redes emblemáticas de franquia se limitam a receber [...] simples conhecimentos de índole comercial ou ‘engineerings’ de lançamento empresarial”. DIDIER FERRIER, *Droit de La Distribution*, cit., pág. 318, afirma que a finalidade do contrato de franquia, tendente à reiteração de um sucesso comercial, distingue claramente este contrato do de concessão.

¹⁹⁹ *Direito Comercial*, vol. II (Direito Industrial), Lisboa, 1994, pág. 313.

sucesso comercial e, portanto, com um elevado grau de probabilidade de ser rentável, uma verdadeira “receita do êxito”.

Além disso, o carácter essencial da obrigação de abastecimento exclusivo no caso do contrato de concessão comercial não se verifica no contrato de franquia, dado que o franquiado pode não ficar adstrito a essa obrigação, mesmo no caso de se tratar de franquia de distribuição.

Também no que respeita ao pagamento de contrapartidas pelo ingresso e manutenção na rede se refere a distinção entre o contrato de concessão comercial, onde tal obrigação não decorre para o concessionário, e o de franquia, o qual normalmente prevê essa obrigação a cargo do franquiado²⁰⁰.

A concessão é, por outro lado, um contrato que visa unicamente a distribuição de bens no mercado (e a prestação de assistência pós-venda). O concessionário é um intermediário, que adquire ao concedente os bens que posteriormente revende ao consumidor. Não é um contrato “talhado” para a comercialização de serviços ou a produção de bens. Ou seja, a sua área de intervenção é mais restrita do que a do contrato de franquia, uma vez que neste último a actividade do franquiado tanto pode ser a de comercializar os bens que compra para revenda, a exemplo do que sucede com o concessionário, como a de produzir bens (que eventualmente comercializa) ou de prestar serviços.

Para estabelecer a distinção entre a concessão comercial e a franquia, cremos que o caminho deverá ser procurado na percepção das razões que geraram a evolução, a que já atrás fizemos referência, que desembocou no aparecimento desta última figura contratual.

Tal evolução traduziu-se no desenvolvimento da integração vertical, isto é, no aprofundamento da ingerência do produtor no escoamento dos produtos no mercado, correspondendo a uma sua maior intervenção nesse processo, com a consequente perda, por parte do distribuidor, de autonomia na condução do negócio. Essa acrescida “intromissão” consuma-se através de um conjunto de obrigações a que este último está adstrito e que restringem a sua liberdade de actuação, principalmente as que lhe impõem os deveres de uso dos sinais distintivos da contraparte e de sujeitar a respectiva actividade ao controlo desta.

²⁰⁰ ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos em las relaciones internas*, cit., pág. 48, apelida de “anedótico” o valor que tem para a qualificação jurídica do contrato de franquia a realização do pagamento do direito de entrada, por nada impedir que o concedente possa também exigir do concessionário semelhante prestação.

É esta “muito mais acentuada e extensa” ingerência do franquiador na actividade do franquiado, relativamente àquela que sucede entre concedente e concessionário, que justifica que a franquia represente um “avanço qualitativo” em relação ao contrato de concessão comercial e que, assim, deverá estar na base da distinção entre as figuras²⁰¹.

Ou seja, como refere ECHEBARRÍA SÁENZ, a delimitação da franquia há-de situar-se, mais do que ao nível das respectivas manifestações externas, no plano da função interna, através de apreciações valorativas do conteúdo de conceitos indeterminados, como “sistema completo de comercialização”, “aplicação de técnicas comerciais uniformes”, “controlo do franquiador”, etc, que “expressam uma ideia subjectiva de intensidade na colaboração, consistência do sistema, unidade de imagem [...] ou dinâmica conjunta de comercialização, que pelo seu grau de subordinação e dependência económica se diferencia da concessão”²⁰².

7.3. *Contrato de transmissão de know-how*

O contrato de transmissão de know-how é aquele através do qual “uma pessoa transmite, a outra, a tecnologia ou, em geral, os conhecimentos aplicados necessários para concretizar determinada tarefa, não patenteados”²⁰³.

Vimos já que uma das características principais do contrato de franquia, que o diferencia claramente de outros contratos de distribuição, consiste na comunicação, feita pelo franquiador ao franquiado, de um conjunto de conhecimentos práticos (técnicos, comerciais ou organizativos), que melhoram sensivelmente a produção ou distribuição dos produtos ou ainda a prestação de serviços levados a cabo por este último no desenvolvimento da respectiva actividade.

Não obstante a sua essencialidade, o contrato de franquia não se resume, como vimos também, a esse elemento. Ele é muito mais amplo.

²⁰¹PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 123. Vide, ainda, do mesmo Autor, *Contrato de Agência*, Anotação ao Dec.-Lei nº 178/86, de 3 de Julho, cit., pág. 62, onde destaca ser na “maior ingerência do franquiador na actividade do franquiado ... que reside, no essencial, a diferença entre a franquia e a concessão”. No mesmo sentido vide OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, cit., pág. 313, que embora admitindo a dificuldade da distinção entre os contratos em causa, refere dar a concessão comercial “um poder de comercialização independente, que se afasta das vinculações da franquia”.

²⁰² ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos em las relaciones internas*, cit., pág. 49.

²⁰³ MENEZES CORDEIRO, “Do contrato de franquia (“franchising”): autonomia privada versus tipicidade negocial”, in *ROA*, Ano 48, I, 1988, pág. 73.

A cedência ao franquiado, por parte do franquizador, do uso da sua de marca e outros sinais distintivos, assim como a prestação de assistência técnica, são outros elementos igualmente essenciais do contrato de franquia.

Ora pelo menos o primeiro deles não faz parte do contrato de transmissão de know-how. E a obrigação da prestação de assistência técnica, que no contrato de franquia decorre naturalmente para o franquizador, também não constitui sempre obrigação do transferente do know-how²⁰⁴.

Além disso, como refere PEREIRA BARROCAS²⁰⁵, o contrato de franquia “é bastante mais complexo [do que o de transmissão de know-how], pois contém elementos característicos de outros contratos”.

7.4. Contrato de “joint venture”

O contrato de “joint venture”²⁰⁶ é, tal como o de franquia, um contrato legalmente atípico.

A doutrina define-o como “uma extensa gama de acordos contratuais que, celebrados entre empresas jurídica e economicamente independentes entre si, visam a realização de um determinado empreendimento comum”²⁰⁷.

A “joint venture” pode assumir a forma contratual (“unincorporated joint venture”), se as partes estabelecem meras relações obrigacionais entre elas, tornando-se num simples contrato de colaboração, ou societária (“incorporated joint venture”), se dela resulta a criação

²⁰⁴ Embora GABRIELA FIGUEIREDO DIAS, *A assistência técnica nos contratos de know-how*, Studia Iuridica, BFDUC, Coimbra, 1995, pág. 168, no estudo crítico que faz acerca das opiniões diversas sobre a questão, conclua que “a assistência técnica pode, em certas ocasiões muito frequentes, constituir um verdadeiro dever do transmitente de know-how, no cumprimento desse “programa obrigacional que é hoje o contrato, com vista à consecução da sua normal finalidade”

²⁰⁵ “O Contrato de “Franchising”, in *ROA*, 49, 1989, 139.

²⁰⁶ “Empreendimento conjunto”, na tradução do *Dicionário de Inglês-Português*, 3ª edição, Porto Editora, Porto, 1998, pág. 436. A “joint venture” consiste numa modalidade de organização de negócios, criada pelos norte-americanos como alternativa à “partnership” britânica, tendo-se baseado na ideia francesa de existência de associados ocultos nas sociedades. Vide ALBERTO AMORIM PEREIRA, O Contrato de “Joint Venture”, Conceito e Prática”, in *ROA*, Dezembro de 1988, págs. 846 e segs.

²⁰⁷ ENGRÁCIA ANTUNES, “Os contratos de cooperação empresarial”, in *Scientia Iuridica*, Tomo LVIII, nº 318, Braga, 2009, pág. 252.

de uma nova entidade, uma nova empresa, a qual assume uma distinta personalidade jurídica²⁰⁸.

Estruturalmente, é frequente as “joint-venture” incluírem três distintos tipos de acordos: o “acordo de princípio”, que corresponde à fase pré-contratual ou preliminar, durante a qual se analisam as motivações que justificaram o propósito da criação da “joint venture”, bem como as vantagens de cada um dos parceiros e se estabelece um protocolo de intenções que inclua já uma enunciação dos objectivos gerais celebração do contrato; o “acordo de base”, que corresponde à celebração do contrato, com a definição do objecto ou fim económico comum. Trata-se, na verdade, da “peça-chave da relação juridico-contratual de cooperação”²⁰⁹ do “instrumento matriz da *joint venture*”, no qual “estarão inseridas as estipulações que governarão a vida do empreendimento comum”²¹⁰; os “acordos complementares”, ou “contratos satélites”, são instrumentos jurídicos complementares do “acordo de base” e destinam-se a operacionalizar as vinculações jurídicas nele previstas. Incluem geralmente contratos de transmissão ou licença de propriedade industrial, contratos de transferência de tecnologia, contratos de fornecimento e distribuição, contratos de assistência técnica, etc.²¹¹.

Como vimos, também a “joint venture” respeita a acordos contratuais de cooperação empresarial²¹², comungando com o contrato de franquia um conjunto de elementos característicos, como sejam a sua natureza ‘*intuitu personae*’, a autonomia jurídica e económica das partes, bem como a prossecução de um fim comum.

Todavia, o envolvimento societário que caracteriza o contrato de “joint venture”, traduzido, principalmente, na comparticipação nos investimentos e na divisão do risco, afasta-o do contrato de franquia.

²⁰⁸ ENGRÁCIA ANTUNES, “Os contratos de cooperação empresarial”, in *Scientia Iurídica*, cit., pág. 252. Vide também EDGAR VALLES, *Consórcio, ACE e Outras Figuras*, Livraria Almedina, Coimbra, 2007, pág. 114.

²⁰⁹ ENGRÁCIA ANTUNES, “Os contratos de cooperação empresarial”, in *Scientia Iurídica*, cit., pág. 255.

²¹⁰ DANIEL AMIN FERRAZ, *Joint Venture e Contratos Internacionais*, Mandamentos Editora, Belo Horizonte, 2001, pág. 150.

²¹¹ DANIEL AMIN FERRAZ, *Joint Venture e Contratos Internacionais*, cit., pág. 157.

²¹² FUENTES CAMACHO, “Los contratos internacionales de franquicia y el derecho internacional privado: una aproximación en clave de “acesso””, in *Anuário Español de Derecho Internacional Privado*, cit., pág. 136, refere que a “joint venture” pode ser “o melhor ou mesmo o único possível veículo de superação de obstáculos devidos fundamentalmente a diferenças políticas entre os Estados de origem e receptor”, mencionando o caso dos hotéis “Sol Meliá”, em Cuba, como exemplo de adaptação, com êxito no plano legal e económico, de sistemas políticos muito diferentes.

7.5. *Contrato de sociedade*

O contrato de sociedade está definido no art. 980º do Código Civil como sendo aquele em que “duas ou mais pessoas se obrigam a contribuir com bens ou serviços para o exercício em comum de certa actividade económica, que não seja de mera fruição, a fim de repartirem os lucros resultantes dessa actividade”.

São várias as razões que permitem distinguir o contrato de sociedade e o contrato de franquia.

Em primeiro lugar, o contrato de sociedade tem uma característica muito própria que o afasta desde logo do contrato de franquia e que consiste no facto de dar origem a uma pessoa colectiva (art. 5º do CSC), o que manifestamente não sucede neste último, em que as partes são juridicamente distintas.

Depois, a colaboração entre as partes que se verifica no contrato de franquia não é identificável com a actividade comum que caracteriza o contrato de sociedade, uma vez que quer o franquiador quer o franquiado agem por si e para si, e não através da sociedade e para a mesma²¹³.

Também não há na franquia qualquer afluxo de bens para um acervo comum²¹⁴, dado que o património de cada uma das partes lhe pertence em exclusivo e é distinto do da contraparte.

Nem constitui elemento característico do contrato de franquia a repartição pelos contraentes dos lucros gerados pela actividade de cada um deles.

Além disso, diferentemente do que sucede no contrato de franquia, que se caracteriza pela autonomia e independência entre as partes “definindo-se as suas relações num feixe de interesses simultaneamente paralelos e opostos”²¹⁵, no contrato de sociedade “as relações passam a ser dos sócios para com a sociedade – pessoa jurídica – e já não mais entre eles”²¹⁶.

Do confronto efectuado cremos ser possível encontrar pelo menos duas razões que, caracterizando o contrato de franquia, são aptas a distingui-lo de todos os demais analisados:

²¹³ JANUÁRIO GOMES, Contrato de Franquia (Franchising), in *Revista do Comércio*, cit., pág. 29.

²¹⁴ MENEZES CORDEIRO, “Do contrato de franquia (“franchising”): autonomia privada versus tipicidade negocial”, in *ROA*, cit., pág. 71.

²¹⁵ PEREIRA BARROCAS, “O Contrato de “Franchising”, in *ROA*, cit., pág. 136.

²¹⁶ PEREIRA DE ALMEIDA, *Sociedades Comerciais e Valores Mobiliários*, 5ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008, pág. 16.

a obrigatoriedade de o franquiado utilizar a marca e demais sinais distintivos do franquiador e a circunstância de receber, à partida, um modelo completo de negócio, que inclui também obrigatoriamente a transmissão de saber-fazer e a prestação de assistência técnica, a cargo do franquiador.

8. Cessação do contrato de franquia

A exemplo do que sucede com outras relações contratuais de execução duradoura, designadamente os contratos de distribuição, a cessação é, no contrato de franquia, um dos aspectos que exige especial atenção, tendo em conta que se trata do acontecimento que, por norma, mais conflitos suscita entre as partes²¹⁷.

O contrato de franquia, dada a sua atipicidade, não dispõe de um regime legal próprio, nomeadamente no que respeita à respectiva cessação²¹⁸, pelo que as regras pelas quais se há-de regular serão, em primeira linha as que traduzem a vontade dos contraentes, reflectida nas cláusulas contratuais não ilícitas acordadas e, depois, os princípios gerais do direito dos contratos e do negócio jurídico²¹⁹.

Além delas, quer a doutrina²²⁰ quer a jurisprudência²²¹ têm maioritariamente entendido ser de aplicar ao contrato de franquia (e também ao de concessão comercial) o regime do contrato de agência, previsto no Dec.-Lei nº 178/86, de 3 e Julho, com a redacção que lhe foi dada pelo Dec.-Lei nº 118/93, de 13 de Abril, sobretudo em matéria de cessação do contrato.

²¹⁷ Como salienta ROSA TAPIA SÁNCHEZ, *La extinción de los contratos de distribución y agencia como presupuesto de la indemnización por clientela*, consultável em <http://institutomercadoycompetencia.com/>, pág. 2, “a extinção representa o ponto final do sistema de organização de interesses estabelecido entre as partes e o esgotamento das relações de cooperação existentes entre elas”, pelo que, tendo em consideração a importância dos interesses económicos dos contraentes, constitui uma das questões de maior litigiosidade, tanto relativamente ao contrato de agência como a todo o sector dos contratos de distribuição.

²¹⁸ Já em 1990 CESARE VACCÀ, “Gli Accordi di Franchising, Il controllo sulla formazione del contratto e le condizioni di fine rapporto”, in *Diritto del Commercio Internazionale*, cit., pág. 249, referindo-se às carências na disciplina comunitária dos acordos de franquia contida no Regulamento (CEE) nº 4087/88, da Comissão, de 30 de Novembro, realçava a falta de regras para regulamentar os efeitos da cessação entre as partes.

²¹⁹ Além disso, tendo em conta as especificidades do contrato, podem ser-lhe aplicáveis normas legais relacionadas com a defesa da concorrência (Lei 18/2003, de 11 de Junho, alterado pelos Dec.-Lei nºs 219/2006, de 2 de Novembro e 18/2008, de 29 de Janeiro), a protecção do consumidor (Lei 24/96, de 31 de Julho), as cláusulas contratuais gerais (Dec.-Lei nº 446/85, de 25 de Outubro, alterado pelos Dec.-Lei 220/95, de 31 de Agosto, 249/99, de 7 de Julho e 323/2001, de 17 de Dezembro), entre outras.

²²⁰ Vide, por todos, PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., págs. 67 e ss e 129 e segs. e *Contrato de Agência, Anotação ao Dec.-Lei nº 178/86, de 3 de Julho*, cit., pág. 111.

²²¹ Vide, por todos, o Ac. STJ de 09/01/2007 (Relator: Conselheiro Sebastião Póvoas), disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

As formas de cessação previstas no referido diploma para o contrato de agência são as seguintes: o acordo das partes, a caducidade, a denúncia e a resolução (art. 24º).

8.1. *O mútuo acordo*

De acordo com o princípio da liberdade contratual, às partes cabe decidir a celebração, ou não, dos contratos, assim como de fixar, dentro dos limites permitidos pela lei, o respectivo conteúdo.

Por outro lado, as partes podem, do mesmo modo, proceder à revogação do contrato, ou seja, podem acordar extinguir a relação jurídica que entre si estabeleceram, destruindo os seus efeitos para o futuro²²².

Franquiador e franquiado podem, assim, revogar livremente o contrato a que estão vinculados, apenas exigindo a lei que tal convenção conste em documento escrito (art. 25º)²²³.

8.2. *Caducidade*

Fala-se de caducidade do contrato para identificar uma forma de extinção do mesmo, que opera em consequência da verificação de um facto jurídico a que a lei atribui o efeito extintivo, ‘ex nunc’, da relação contratual.

Como ensina ROMANO MARTINEZ, a caducidade pode ser entendida em sentido estrito, quando ocorra pelo decurso do prazo pelo qual o contrato foi celebrado, ou em sentido amplo, se ocorrer por “impossibilidade não imputável a uma das partes de efectuar a sua prestação”²²⁴.

As normas que regulam a cessação, por caducidade, do contrato de agência, estão previstas nos arts. 26º e 27º do diploma atrás mencionado. No primeiro deles prevêem-se os

²²² ANTUNES VARELA, *Das obrigações em geral*, vol. II, 7ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1997, pág. 279, para explicar o sentido da revogação (a destruição voluntária da relação contratual pelos próprios autores do contrato) fala no “*contrarius consensus*”, isto é, no acordo de vontades dos contraentes, posterior à celebração do contrato, com sinal oposto ao primitivo. Vide também VAZ SERRA, “Anotação ao Acórdão do STJ de 8 de Junho de 1978”, in *RLJ*, ano 1979, nº 3635, págs. 29 e segs.

²²³ CHRISTINE MATRAY, *Le Contrat de Franchise*, cit., pág. 97, refere que a necessidade de o acordo constar de documento escrito “não equívoco”, não só para evitar que uma das partes venha a por em causa o acordo celebrado mas ainda para regular todos os acordos acessórios, relativos à cláusula de não concorrência, à recuperação dos stocks, etc.

²²⁴ *Da Cessação do Contrato*, Livraria Almedina, Coimbra, 2005, pág. 41 e segs.

eventos que a determinam e que são o decurso do prazo estipulado [alínea a)] e a impossibilidade objectiva do cumprimento [alíneas b) e c)], ou seja, a caducidade em sentido estrito e em sentido amplo²²⁵, respectivamente.

A aplicação analógica destas normas ao contrato de franquia não parece revelar especiais dificuldades.

Assim, nos casos em que as partes fixem um prazo para a duração do contrato, o mesmo cessará uma vez decorrido esse prazo²²⁶, sem que haja necessidade de qualquer manifestação delas nesse sentido.

A apertada colaboração e confiança que se estabelece entre as partes e que caracteriza esta relação contratual, tem levado a doutrina a considerar que do contrato de franquia derivam especiais deveres relativamente à generalidade dos contratos. Fala-se de um acrescido dever de boa fé, que imponha ao contraente não interessado na continuação do contrato para lá do prazo estipulado o dever de não adoptar um comportamento de sentido oposto, que conduza a contraparte a confiar na renovação²²⁷.

Chegando mesmo a defender-se, em nome das especificidades da relação contratual atrás mencionadas, ser conveniente (ainda que não seja de todo necessário), que se leve a cabo um acto ou declaração de vontade tendente a manifestar a intenção de dar por concluído o contrato, normalmente por parte do franquizador e com uma antecedência suficiente relativamente ao momento vencimento”²²⁸.

Se no contrato de franquia celebrado por tempo determinado, as partes, não obstante ter decorrido já o prazo nele estipulado, continuarem a cumpri-lo, “o contrato transformar-se-á²²⁹ em contrato por tempo indeterminado” (art. 27º)²³⁰.

²²⁵ Como se infere da letra da norma, o elenco das situações previstas no art. 26º não é exaustivo.

²²⁶ Como é evidente, a caducidade pelo decurso do prazo só opera nos contratos celebrados por tempo determinado. Sobre as implicações que pode ter a fixação, no contrato, de um prazo insuficiente para que o franquiado possa recuperar o investimento inicial, vide PESTANA DE VASCONCELOS, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, cit., pág. 77 e segs.

²²⁷ PESTANA DE VASCONCELOS, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, cit., pág. 77. No mesmo sentido vide ALFARO ÁGUILA-REAL, “Franchising”, in *Enciclopedia Jurídica Básica*, cit., pág. 3156.

²²⁸ Neste sentido, vide AURORA HERNANDO GIMÉNEZ, *El Contrato de Franquicia de Empresa*, cit., pág. 397 e ALDO FRIGNANI, *Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital, Concorrenza*, cit., pág. 107.

²²⁹ PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência, Anotação ao Dec.-Lei nº 178/86, de 3 de Julho*, cit., pág. 114, faz notar que o termo “transformado” deve aqui ser entendido como representando uma renovação, porque passa a estar-se em presença de um novo contrato (desde logo porque, ainda que prosseguindo a relação contratual anterior, há, pelo menos um elemento que muda e que consiste na passagem a contrato por tempo indeterminado) e não da transformação do primitivo, que “caduca pelo decurso do prazo”.

O contrato de franquia pode também caducar, como se disse já, por impossibilidade não imputável a uma das partes de efectuar a sua prestação. Essa impossibilidade pode advir da verificação de vários eventos, de entre eles a morte do franquiado. A aplicação analógica da norma prevista para a caducidade por morte do agente tem plena justificação no contrato de franquia, dado que nele o carácter ‘*intuitu personae*’, que constitui a *ratio* daquele preceito²³¹, é uma especificidade ainda mais relevante.

Aspecto importante a ter em conta no que respeita à caducidade no contrato de franquia é o da razoabilidade do respectivo prazo inicial, o qual pode em certos casos ser insuficiente para permitir ao franquiado obter o retorno do investimento inicialmente feito no negócio.

As soluções ditadas pela doutrina para tais situações coincidem na necessidade de tutela dos interesses do franquiado, propugnando uns pela obrigação, imposta ao franquiador, de manter o contrato por um período razoável que permita ao franquiado o retorno do investimento inicial, por se entender que o mesmo é feito com base numa “confiança razoável sobre a existência continuada da relação de cooperação” e que, desse modo, a fixação de um prazo de duração insuficiente para essa recuperação faria incorrer o franquiador na prática de abuso de direito sob forma de “comportamento contraditório (*venire contra factum proprium*)”²³² e outros pela exigência de justa causa sempre que o franquiador pretenda opor-se à renovação do contrato enquanto não decorrer um lapso de tempo adequado àquela recuperação²³³.

O entendimento adiantado por PESTANA DE VASCONCELOS parece-nos de sufragar. Refere o Autor que a solução será diferente consoante a natureza da cláusula que fixou o prazo inicial de duração do contrato: se se trata de uma cláusula contratual geral, isto é, se é uma daquelas “estipulações predispostas em vista de uma pluralidade de contratos ou de uma generalidade de pessoas, para serem aceites em bloco, sem negociação individualizada ou possibilidade de alterações singulares”, a mesma será nula por ser contrária à boa-fé (arts. 15º, 16º e 12º, todos do Dec.-Lei 446/85, de 25 de Outubro²³⁴; se, por outro lado, se trata de

²³⁰ Sobre a *ratio* da norma, vide PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, Anotação ao Dec.-Lei nº 178/86, de 3 de Julho, cit., pág. 116.

²³¹ PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, Anotação ao Dec.-Lei nº 178/86, de 3 de Julho, cit., pág. 113.

²³² MICHAEL MARTINEK, *Moderne Vertragstypen*, vol. II, *Franchising, Know-How-Verträge, Management-und Consultingverträge*, C.H. BECK'S, Munique, 1992, págs. 135 e 136.

²³³ ROBERTO PARDOLESI, *I Contratti di Distribuzione*, cit., pág. 352 e segs.

²³⁴ Alterado pelos Dec.-Lei 220/95, de 31 de Agosto, 249/99, de 7 de Julho e 323/2001, de 17 de Dezembro.

cláusula que foi individualmente acordada pelas partes, a respectiva validade não poderá, em nome do princípio da autonomia privada, ser questionada²³⁵.

8.3. Denúncia

A denúncia é uma forma de fazer cessar relações duradouras por tempo indeterminado²³⁶, que opera através de uma declaração receptícia²³⁷, feita livre e discricionariamente por uma das partes e dirigida à outra parte, comunicando-lhe a intenção de não continuar vinculado ao contrato.

Trata-se, portanto, do exercício de um direito potestativo, que encontra o seu fundamento na “tutela da liberdade dos sujeitos” de não permanecerem vinculados a relações “contratuais ou obrigacionais de carácter perpétuo, eterno ou excessivamente duradouro”, as quais seriam contrárias à ordem pública²³⁸.

Se a denúncia consubstancia, como se disse, o exercício de um direito potestativo, ao alcance de cada uma das partes para pôr fim à relação contratual, a sua válida efectivação depende do decurso de um determinado período de tempo entre a declaração de denúncia e a cessação do contrato, isto é, de pré-aviso (art. 1055º do Código Civil).

A exigência legal, imposta ao contraente que decide não continuar vinculado ao contrato, de comunicar à contraparte, com determinada antecedência, essa decisão, funda-se na necessidade de proteger esta última das dificuldades e danos inaceitáveis que a lei

²³⁵ *O Contrato de Franquia (Franchising)*, cit., pág. 79.

²³⁶ Como refere MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pág. 632, “a denúncia é um elemento natural dos contratos de duração indeterminada”.

²³⁷ ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, cit., pág. 11; PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., págs. 134 e *Contrato de Agência, Anotação ao Dec.-Lei nº 178/86, de 3 de Julho*, cit., pág. 120.

²³⁸ MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pág. 631. VAZ SERRA, “Anotação ao Acórdão do STJ de 07/03/1969”, in *RLJ*, ano 1970, nº 3420, pág. 233 e segs., considera que o direito à denúncia como um princípio geral aplicável às relações jurídicas de longa duração, “por ser inerente a estas relações que elas não podem durar indefinidamente”, dado que tal contrariaria a vontade presumível das partes, que não quiseram vincular-se esse modo. E, ainda que o tivessem querido, a vontade das mesmas não poderá prevalecer, uma vez que isso seria contrário à ordem pública. Ver também BAPTISTA MACHADO, “Anotação ao Acórdão do STJ de 17/04/1986”, in *RLJ*, ano 120º, nº 3759, pág. 185, que refere ser a regra da liberdade de denúncia, nos contratos celebrados por tempo indeterminado, “directamente dedutível da ausência de vinculação das partes a um prazo determinado [...], combinada, por outro lado, com o princípio da inadmissibilidade da vinculação contratual perpétua [...] e suplementada pela consideração de que uma relação contratual duradoura não pode extinguir-se senão pela denúncia, pela resolução fundada em justa causa ou clausulada no contrato, ou pelo decurso do prazo estipulado (caducidade)”.

considera poderem para ela resultar da ocorrência de rupturas bruscas na relação contratual²³⁹. Ou seja, procura-se contrabalançar o exercício do direito à denúncia com a tutela dos direitos da parte não denunciante. Como refere MOTA PINTO, “Tal como a denúncia *ad libitum* é um elemento natural dos contratos de duração indeterminada, o pré-aviso é, nos mesmos negócios, um elemento natural da denúncia”²⁴⁰.

O art. 28º do Dec.-Lei 178/86, de 3 de Julho, na redacção que lhe foi dada pelo Dec.-Lei nº 118/93, de 13 de Abril, preceitua que, relativamente contrato de agência, a denúncia apenas é permitida nos contratos celebrados por tempo indeterminado, dependendo a respectiva validade da sua comunicação ao outro contraente, por escrito, com uma determinada antecedência mínima de um, dois ou três meses, consoante o contrato já dure há menos de um ano, tenha iniciado o segundo ano de vigência, ou subsista há dois ou mais anos.

Verifica-se, desde logo, um especial cuidado do legislador no que tange à comunicação da denúncia, que deve ser feita por escrito, exigência que não tem paralelo no art. 1055º, do Código Civil.

Quanto à antecedência mínima de pré-aviso, os prazos fixados foram já alvo de cerradas críticas, pela respectiva curta duração, considerada inadequada no âmbito do contrato de agência²⁴¹.

Relativamente ao contrato de franquia, começaremos por dizer que as partes são livres de conferir às suas relações a duração, determinada ou não, que lhes aprouver. E que, portanto, a denúncia será um das formas de extinção deste contrato, sempre que ele seja celebrado por tempo indeterminado²⁴², quer inicialmente quer nas situações previstas no art. 27º, nº 2.

²³⁹ Como refere AXEL DE THEUX, *Le statut européen de l'agent comercial - Approche critique de droit comparé*, cit., pág. 230, foi sem dúvida o desejo de evitar uma ruptura brutal injustificada que incitou os legisladores alemão, italiano, holandês e português, assim como os redactores da Convenção de Benelux, a impor expressamente ao autor da denúncia do contrato de agência o respeito por um prazo de pré-aviso.

²⁴⁰ MOTA PINTO, *Teoria Geral do Direito Civil*, cit., pág. 632.

²⁴¹ PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência*, Anotação ao Dec.-Lei nº 178/86, de 3 de Julho, cit., pág. 118 e segs. e *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 136 e segs.

²⁴² Não é habitual o contrato de franquia ser celebrado por tempo indeterminado. Vide MAURO BUSSANI e PAOLO CENDON, *I Contratti Nuovi (casi e materiali di dottrina e giurisprudenza) – Leasing, Factoring, Franchising*, Giuffrè Editore, Milão, 1989, pág. 425; MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 249, nota 688; FIAMMETTA COGGI, “Le condizioni di fine rapporto”, in *I Contratti di Franchising – Organizzazione e controllo di rete*, EGEA, Milão, 1990, pág. 132.

Também no que respeita à forma exigida para a comunicação não se vê motivo – antes pelo contrário – para a não aplicação analógica do preceito.

Já quanto aos prazos de pré-aviso, tendo em conta não apenas as razões aduzidas nas críticas que lhes são dirigidas no âmbito do contrato de agência²⁴³ mas também as especificidades do contrato de franquia, nomeadamente o facto de ele implicar normalmente um elevado investimento por parte do franquiado, quase sempre superior àquele que realiza o agente, não parece ser de aceitar, nessa parte, a aplicação analógica da norma em causa²⁴⁴. Nesta matéria valerá, pois e em primeiro lugar, a vontade das partes, as quais têm todo o interesse em fixar prazos de pré-aviso de duração mais longa, designadamente quando estejam em causa, como se disse, investimentos elevados.

Se o contrato for omissivo no que respeita aos prazos de pré-aviso, haverá que, tendo em conta as circunstâncias do caso concreto, em especial o volume dos investimentos realizados e o período de tempo necessário para a respectiva amortização, apurar da antecedência razoável²⁴⁵.

Essa antecedência deverá constituir um período de tempo que permita ao franquiado não só proceder à liquidação dos assuntos pendentes e evitar ao máximo os prejuízos que supostamente lhe ocasione a súbita extinção do contrato, como ainda tomar as medidas necessárias para reorganizar a sua actividade empresarial futura²⁴⁶.

No caso de qualquer das partes denunciar o contrato de franquia sem respeitar o pré-aviso, o acto será ilícito, pelo que a parte responsável se constitui na obrigação de indemnizar a contraparte pelos danos causados. Quanto ao direito de opção previsto no nº 2 do art. 29º, nada parece obstar a que o respectivo exercício possa ser atribuído, por analogia, ao

²⁴³ Vide PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência, Anotação ao Dec.-Lei nº 178/86, de 3 de Julho*, cit., pág. 118.

²⁴⁴ ALFARO ÁGUILA-REAL, “Franchising”, in *Enciclopedia Jurídica Básica*, cit., pág. 3156, defende um alargamento do prazo de pré-aviso no caso do contrato de franquia.

²⁴⁵ PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 138. Vide também GIUSEPPE FAUCEGLIA, *Il Franchising: Profili Sistemati e Contrattuali*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, cit., pág. 99. PESTANA DE VASCONCELOS, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, cit., pág. 82, defende a aplicação, nos casos em que as partes nada convencionem relativamente ao prazo de pré-aviso, das regras do mandato comercial. FIAMMETTA COGGI, “Le condizioni di fine rapporto”, in *I Contratti di Franchising – Organizzazione e controllo di rete*, cit., pág. 132 e segs., sustenta que o requisito da razoabilidade do pré-aviso é uma exigência do princípio da boa-fé executivis, que vale como critério de apreciação da execução do contrato.

²⁴⁶ AURORA HERNANDO GIMÉNEZ, *El Contrato de Franquicia de Empresa*, cit., pág. 427. AXEL DE THEUX, *Le statut européen de l’agent commercial - Approche critique de droit comparé*, cit., pág. 230 considera que a razão de ser do pré-aviso consiste em proporcionar à vítima da ruptura do contrato o tempo necessário para encontrar uma situação equivalente ou um substituto. Vide também BAPTISTA MACHADO, “Anotação ao Acórdão do STJ de 17/04/1986”, in *RLJ*, cit., pág. 184, que considera ser uma elementar exigência da boa fé que o denunciante previna a contraparte com uma antecedência razoável.

franquiado, dado que as razões para a consagração de uma tal alternativa a favor do agente – as dificuldades de prova com que este se poderá deparar ou o facto de a indemnização prevista no n.º 1 do preceito não ser significativa²⁴⁷ – são válidas também para o franquiado.

Sendo um direito atribuído a qualquer das partes, de exercício livre e discricionário, a denúncia, desde que comunicada à contraparte, coloca sempre fim ao contrato²⁴⁸, independentemente de terem sido respeitados ou não os prazos do pré-aviso.

8.4. Resolução

“A resolução do contrato é o acto pelo qual alguma das partes declara, *de per se* ou mediante intervenção judicial, que tem o contrato por ineficaz, em regra com efeito retroactivo, com base numa causa legal ou contratualmente prevista e superveniente à celebração do negócio”.²⁴⁹

A resolução do contrato, que opera quer nos contratos de duração determinada quer indeterminada, pode fazer-se tanto judicial (através de acção declarativa) como extrajudicialmente (mediante declaração à outra parte).

Consiste num acto unilateral, fundado num poder vinculado, isto é, não discricionário. À parte que tenciona extinguir a relação contratual impõe-se que alegue e prove a verificação dos pressupostos legal ou convencionalmente exigidos para o efeito.

Quanto aos efeitos que produz entre as partes, a lei equipara a resolução à nulidade ou anulabilidade do negócio jurídico, mas a retroactividade que caracteriza o regime da invalidade cede quando contrarie a vontade das partes ou a finalidade da resolução, sendo ainda que nos contratos de execução continuada ou periódica não abrange as prestações já efectuadas. Além disso, os direitos adquiridos por terceiro, incluídos os que incidam sobre bens imóveis ou móveis sujeitos a registo que tenha registado antes do registo da acção tendente a resolver o contrato, não são prejudicados pela resolução.

Como se disse já, nada impede que a resolução possa operar através de fundamentos convencioneados pelas partes, as cláusulas resolutivas.

²⁴⁷ PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência, Anotação ao Dec.-Lei n.º 178/86, de 3 de Julho*, cit., pág. 124.

²⁴⁸ ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, cit., pág. 526.

²⁴⁹ Definição sintetizada por RUI DE ALARCÃO resultante do contributo dos mestrandos do Curso de 2008/09, em Junho/2009.

O art. 30º prescreve nas suas duas alíneas os fundamentos legais para a resolução no contrato de agência, que são o incumprimento e a impossibilidade, respectivamente.

Quanto ao incumprimento, impõe a lei que ele assuma uma tal gravidade ou reiteração que torne inexigível para a parte cumpridora a subsistência do vínculo contratual.

O contrato de franquia consiste numa relação contratual de execução continuada, que se caracteriza pelo estabelecimento de uma especial relação de confiança mútua, cuja intensidade não terá paralelo mesmo noutros contratos de distribuição.

Ora, o incumprimento de obrigações contratuais neste tipo de contratos só justificará o direito à resolução se a gravidade²⁵⁰ ou reiteração dessa violação resultar numa quebra na relação de confiança estabelecida entre as partes²⁵¹.

O segundo dos fundamentos de resolução previstos para o contrato de agência tem carácter objectivo.

A “justa causa objectiva”²⁵² ocorrerá, de acordo com a lei, sempre que se verifique a superveniência de circunstâncias não imputáveis a qualquer das partes que impossibilitem ou prejudiquem gravemente a realização do fim visado pelo contrato.

Trata-se de uma situação em que as razões que conferem às partes o direito de extinguir o contrato não se ligam com a relação de confiança estabelecida entre elas. Aliás, o contrato estará até a ser regularmente cumprido até ao momento em que ocorrem aquelas circunstâncias que quebram de tal modo o equilíbrio das prestações nele previstas que torna inexigível a sua subsistência.

²⁵⁰ ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, cit., pág. 232, considera que a gravidade deverá ser ponderada tendo em conta um princípio da proporcionalidade entre a prestação incumprida e a cessação do vínculo.

²⁵¹ Sobre as especificidades no regime da resolução contratual, designadamente no âmbito das relações duradouras, vide ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, cit., págs. 231 e segs. Este Autor considera que a quebra da relação de confiança há-de resultar de um juízo de prognose quanto à viabilidade da subsistência do contrato. PINTO MONTEIRO, “Anteprojecto do Contrato de Agência”, in *BMJ*, cit., pág. 111, realça que a perda da confiança que se estabelece entre as partes no contrato de agência (e que nos parece ser ainda mais intensa no contrato de franquia) e que torna legítima a resolução do contrato, pode resultar não apenas do incumprimento de determinada prestação, mas também de atitudes que afectem a relação de recíproca colaboração e lealdade que, segundo a boa fé, une os contraentes. Já VAZ SERRA, “Anotação ao Acórdão do STJ de 07/03/1969”, in *RLJ*, cit., pág. 234, nota 2, considera que os contratos duradouros exigem para a respectiva execução, na maior parte das vezes, uma cooperação plena de confiança ou especial atenção e cuidado na preservação do próprio interesse e na realização de uma actividade assumida, dado que, no caso de longa vinculação no tempo, cada um dos contraentes, “em medida mais forte do que fora daí, confia na boa vontade do outro e na observância da convenção”, pelo que “os deveres de observância da boa fé, da consideração pessoal, obtêm uma importância maior”.

²⁵² ROMANO MARTINEZ, *Da Cessação do Contrato*, cit., pág. 528.

O fundamento da resolução baseada nesta justa causa objectiva caracteriza-se, deste modo, pela similitude com o instituto da alteração das circunstâncias previsto no art. 437º do Código Civil²⁵³.

Quanto à declaração de resolução, ela deve ser feita por escrito, no prazo de um mês a partir da data do conhecimento dos factos que a justificam e fundamentada.

A doutrina tem entendido, com base em argumentos como a equiparação da resolução sem fundamento à denúncia sem pré-aviso e o forte carácter ‘*intuitu personae*’ do contrato de agência, que, relativamente a este tipo contratual, a circunstância de a resolução ter sido declarada sem fundamento não implica a manutenção da relação contratual, dando lugar apenas ao direito a indemnização²⁵⁴.

²⁵³ PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência, Anotação ao Dec.-Lei nº 178/86, de 3 de Julho*, cit., pág. 127. BAPTISTA MACHADO, “Anotação ao Acórdão do STJ de 17/04/1986”, in *RLJ*, cit., pág. 184, afirma também tal semelhança, entendendo contudo que o instituto da alteração das circunstâncias apenas será de aplicação subsidiária nas relações contratuais duradouras, tendo em conta que a resolução com justa causa “aparece como especialmente concebida para este tipo de relações, ao levar particularmente em conta o factor duração, ou seja, a vinculação à continuidade da relação (o que não permite pôr-lhe termo por um acto de cumprimento”.

²⁵⁴ Vide PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência, Anotação ao Dec.-Lei nº 178/86, de 3 de Julho*, cit., pág. 129.

II - A INDEMNIZAÇÃO DE CLIENTELA

A indemnização²⁵⁵ de clientela surgiu como um modo de protecção do agente comercial, consubstanciado na necessidade de assegurar o equilíbrio entre as prestações das partes no contrato de agência para além do respectivo período de execução. Essa circunstância de a cessação do contrato gerar, em simultâneo, a extinção dos direitos e deveres que dele derivavam para os contratantes e o surgimento de uma obrigação, a cargo de um deles, de assegurar uma compensação, fundada no contrato extinto, a favor do outro, constitui uma situação que, sem dúvida pela sua falta de correspondência na generalidade dos contratos, faz da figura da indemnização de clientela um instituto singular na ordem jurídica, originalidade que desde sempre despertou interesse pelas dificuldades que apresenta e que levaram já a doutrina a considerá-la o “nó górdio” do regime jurídico do contrato de agência²⁵⁶.

1. A indemnização de clientela como especificidade do contrato de agência

A indemnização de clientela constitui, como se disse, uma especificidade do contrato de agência, estando legalmente prevista nos arts. 33º e 34º do Dec.-Lei nº 178/86, de 3 de Julho.

Por isso mesmo, entendemos que se justificará fazer desde já uma rápida abordagem deste tipo contratual, de modo a enquadrar devidamente a figura em estudo e a, assim, permitir-nos uma melhor compreensão da mesma.

O contrato de agência é um contrato típico, que se encontra regulamentado, entre nós, pelo Decreto-Lei nº 178/86, de 3 de Julho, alterado pelo Decreto-Lei nº 118/93, de 13 de Abril (diplomas aos quais se referirão as normas citadas, sem indicação diversa, no estudo deste tema do presente trabalho), o qual transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva 86/653/CEE do Conselho, de 18 de Dezembro de 1986.

O nº 1 do art. 1º daquele primeiro diploma, na redacção que lhe foi dada pelo subsequentemente indicado, define-o como sendo o “contrato pelo qual uma das partes [o agente] se obriga a promover por conta da outra [o principal] a celebração de contratos, de

²⁵⁵ A exemplo do que refere MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, 2ª edição, Civitas, Madrid, 1998, pág. 59, nota 86, o termo “indemnização” é utilizado sem prejuízo da questão da natureza jurídica desta figura, que será oportunamente abordada.

²⁵⁶ MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, cit., pág. 59.

modo autónomo e estável e mediante retribuição, podendo ser-lhe atribuída certa zona ou determinado círculo de clientes”.

Trata-se de um contrato cuja importância no âmbito da distribuição comercial é comumente realçada na doutrina, que o reconhece como uma “matriz da distribuição”, sendo muitas das regras que lhe são próprias consideradas verdadeiros “princípios gerais que enformam todo os contratos de distribuição”²⁵⁷.

De tal modo que o seu regime jurídico é, na jurisprudência, objecto de constante aplicação analógica aos restantes contratos de distribuição, relativamente aos quais funciona como “regime-modelo”²⁵⁸. É aliás o próprio legislador que, no preâmbulo daquele diploma, dá conta da tendência verificada no direito comparado no sentido de estender a aplicação do referido regime – nomeadamente em matéria de cessação do vínculo contratual - a outros contratos, designadamente ao de concessão comercial (Considerando 4).

Constituem seus elementos essenciais, como se extrai da definição atrás referida: a obrigação de o agente promover a celebração de contratos; por conta do principal; de modo autónomo; com carácter de estabilidade; mediante retribuição.

A função do agente é a de angariar clientes que estejam na disposição de celebrar contratos com o principal, podendo ele próprio celebrá-los, quando para isso lhe tiverem sido conferidos por este último os necessários poderes de representação²⁵⁹. Não obstante, em ambas as situações o negócio é do principal, repercutindo-se na sua esfera jurídica os efeitos respectivos. Na execução dessa função o agente recorre a todo um manancial de argumentos para cativação de clientela de que dispõe no mercado em que opera e que consistem no seu saber fazer, na imagem e consideração de que nele desfruta e na sua capacidade de se relacionar com os clientes, motivando a sua fidelização.

É, portanto, sempre por conta e no interesse do principal que o agente desenvolve a sua actividade, indo os efeitos dos actos que pratica reflectir-se a esfera daquele.

Por isso mesmo se torna indispensável para a protecção de terceiros que o estatuto do agente possa ser por aqueles conhecido quando com ele contactam, impondo a lei ao agente o

²⁵⁷ MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, I vol., Livraria Almedina, Coimbra, 2001, pág. 496.

²⁵⁸ PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, Livraria Almedina, Coimbra, 2001, pág. 68.

²⁵⁹ “Agente com representação”, Vide art. 2º, nº 1, do Dec.-Lei atrás mencionado. Além de celebrar contratos com terceiros, como se disse já apenas quando o principal lhe conferir os necessários poderes, o agente pode ainda proceder à cobrança de créditos se para tal estiver autorizado por aquele (art. 3º), situação, de resto, em que a lei lhe confere o direito a uma comissão especial [art. 13º, f)].

dever de, na execução da sua actividade, exteriorizar “o conteúdo da relação interna que o liga ao principal, através [...] de medidas adequadas [...] a informar os interessados sobre os poderes de que [...] dispõe”²⁶⁰, designadamente no que respeita à representação e à cobrança de créditos.

No desenvolvimento da sua actividade o agente é obrigado a conformar-se com instruções emitidas pelo principal, relacionadas com a política económica que este entenda seguir, bem como a fornecer-lhe as informações e esclarecimentos que por ele lhe forem solicitados e a prestar-lhe contas sempre que isso se justifique (art. 7º).

O que não significa que não possua autonomia (a qual, de resto, constitui uma característica deste contrato, como decorre da lei). O agente não está juridicamente subordinado ao principal, antes desenvolvendo a sua actividade com uma autonomia que, não sendo absoluta, não pode ser posta em causa pelas obrigações atrás referidas.

O agente pode gozar do direito de exclusivo em certa zona ou relativamente a um determinado círculo de clientes, se para tal obtiver o consentimento do principal. O legislador de 1993, seguindo a Directiva 86/653/CEE, do Conselho, de 18 de Dezembro de 1986, entendeu retirar ao direito de exclusivo do agente o carácter de essencialidade que ele detinha no âmbito da redacção inicial do Dec.-Lei nº 178/86.

A exigência legal de estabilidade relativamente à actividade do agente significa que estamos em presença de um contrato duradouro, que não se resume, portanto, à prática isolada de um qualquer acto.

Para lá das atrás referidas, o agente está, ou pode estar, ainda vinculado a outras obrigações contratuais. Assim, a não ser que as regras deontológicas o permitam, deve guardar segredo relativamente às informações que com esse carácter lhe tenham sido transmitidas pelo principal ou de que ele tenha tomado conhecimento em resultado da actividade decorrente do contrato (art. 8º). Por outro lado, deve informar, de imediato, o principal, da ocorrência de qualquer impossibilidade temporária, da sua parte, de cumprir o contrato (art. 10º).

²⁶⁰ PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência, Anotação ao Dec.-Lei nº 178/86, de 3 de Julho*, cit., pág. 104.

O agente está ainda obrigado a não concorrer com o principal, quer durante a execução, como resulta do art. 6º, quer depois da cessação do contrato, neste caso se constar de documento escrito o acordo nesse sentido (art. 9º).

Do acordo das partes depende igualmente a convenção “del credere”, através da qual o agente assume, em face do principal, a garantia do cumprimento das obrigações do cliente angariado²⁶¹. Para que seja válida tal convenção é, contudo, necessário que a mesma seja reduzida a escrito, com especificação do contrato ou individualização das pessoas garantidas e que a garantia dada respeite ao cumprimento de obrigações decorrentes de contrato negociado ou concluído pelo agente (art. 10º). A convenção “del credere” confere ao agente o direito a uma comissão especial [(art. 13º, f)].

De entre os direitos que a lei confere ao agente conta-se o de receber do principal uma retribuição, a qual lhe é devida a título de comissão, quer pelos contratos que promoveu quer pelos que foram celebrados com clientes por si angariados.

Além destas, tem ainda direito a receber comissões especiais sempre que assuma encargos relacionados com a cobrança de créditos [arts. 3º e 13º, f)] ou, como se referiu já, com a convenção “del credere” [arts. 10º e 13º, f)].

A lei confere também ao agente o direito de obter do principal um conjunto de elementos essenciais para o regular desenvolvimento da respectiva actividade. Além de catálogos dos produtos ou serviços comercializados e das tabelas de preços respectivos, o agente necessita de conhecer as condições comerciais praticadas e de ser atempadamente informado da aceitação ou recusa, pelo principal, dos contratos por si promovidos ou celebrados com falta de poderes [(art. 13, a) e b)]²⁶².

O agente tem ainda direito a receber, periodicamente, informação acerca dos contratos celebrados e das comissões que correspondentemente lhe são devidas, bem como a exigir do

²⁶¹ Como salienta PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência, Anotação ao Dec.-Lei nº 178/86, de 3 de Julho*, cit., pág. 82, a explicação para a convenção “del credere” no contrato de agência “explica-se, sobretudo, pela necessidade de o principal se prevenir contra uma eventual ligeireza do agente, obrigando-o a uma certa prudência em relação a determinados clientes ou certos negócios”.

²⁶² Na medida em que os direitos referidos visam possibilitar ao agente o normal desempenho da respectiva actividade, de modo idêntico ao que sucede no contrato de mandato, PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência, Anotação ao Dec.-Lei nº 178/86, de 3 de Julho*, cit., pág. 87, classifica-os de “direitos instrumentais”.

principal quaisquer informações – incluindo um extracto do livro contabilístico do mesmo – de que careça para verificar o montante dessas comissões [art. 13º, c) e d)]²⁶³.

Finalmente, a lei confere ao agente o direito a uma compensação, sempre que este tenha assumido a obrigação de não exercer, após a cessação do contrato, actividades que estejam em concorrência com as da outra parte²⁶⁴.

As formas de extinção do contrato de agência são as previstas no regime geral para a cessação dos contratos duradouros: o acordo das partes, a caducidade, a denúncia ou a resolução, fornecendo a lei, nos arts. 25º a 31º do Dec.-Lei 178/86, uma regulação própria para este contrato, da qual ressaltam apenas a exigência de forma na declaração e a duração mais longa dos prazos.

Especificidade do contrato de agência é a circunstância de com a respectiva cessação nascer, em favor do agente, o direito à chamada indemnização de clientela, figura cuja abordagem procuraremos realizar de seguida.

2. Aparecimento e evolução histórica

No que respeita ao aparecimento da figura, regulamentada, da indemnização de clientela, a doutrina²⁶⁵ tem-no situado na Áustria, nos anos vinte do século passado, aquando da entrada em vigor da Lei de 24 de Junho de 1921, em cujo § 25 se consagrava a atribuição ao agente de uma indemnização, a pagar pelo principal, sempre que aquele, exclusiva ou predominantemente, houvesse angariado novos clientes e desde que o contrato, cuja duração não fosse superior a três anos²⁶⁶, cessasse por denúncia do principal não motivada em factos imputáveis ao agente.

²⁶³ Salvo se existir convenção “del credere”, só após o cumprimento do contrato celebrado entre o principal e o cliente por si angariado o agente obtém o direito à comissão respectiva. Os direitos consagrados nas alíneas c) e d) do art. 13º, visam, portanto, permitir-lhe não só o acompanhamento da evolução da respectiva actividade como ainda fiscalizar a correcção dos valores das comissões contabilizadas.

²⁶⁴ Como a seu tempo procuraremos demonstrar, fixando a lei, para o contrato de agência, compensação pela obrigação de não concorrência pelo agente após a cessação do contrato, pensamos que perde força o argumento, apresentado por alguma doutrina para defender o direito do franqueado à indemnização de clientela, fundado em idêntica obrigação imposta a este último.

²⁶⁵ Vide, por exemplo, MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, cit., pág. 68; LUÍS MENEZES LEITÃO, *A indemnização de clientela no contrato de agência*, Livraria Almedina, Coimbra, 2006, pág. 15.

²⁶⁶ Este prazo viria a ser dilatado para quinze anos pela Lei de 13 de Julho de 1960.

A fixação deste prazo máximo de três anos de duração do contrato como limite para a aquisição do direito à indemnização de clientela foi alvo de críticas por parte dos representantes dos agentes, por o considerarem demasiado curto. A Lei de 13 de Julho de 1960 viria a estender esse limite para os quinze anos.

O montante da indemnização não podia nunca ser superior ao valor equivalente a um ano de comissões, sendo este valor calculado a partir da média das comissões a que o agente teve direito durante os três anos que antecederam a data da extinção do contrato. Como nota MARTINEZ SANZ²⁶⁷, este máximo de uma anualidade apenas era considerado quando o contrato de agência era extinto até atingir os três anos de duração, uma vez que, a partir daí e numa clara intenção de “penalizar” os contratos que perdurassem por períodos de tempo mais longos, era estabelecido um sistema degressivo que consistia na redução automática do valor da indemnização em 1/12 por cada um dos anos que se seguissem ao final do terceiro, do que resultava não ter o agente direito a indemnização de clientela a partir do final do décimo quinto ano de vigência do contrato. Esta exclusão do direito à indemnização viria a ser retirada pela Lei de 15 de Junho de 1978, ao prescrever que a partir do momento em que o contrato alcançasse o décimo segundo ano e independentemente do respectivo período de duração, o máximo da indemnização seria sempre de 3/12 de uma anualidade de comissões.

De referir que com a publicação da Lei de 11 de Fevereiro de 1993 o ordenamento austríaco passou a dispor de um novo regime jurídico para o contrato de agência, claramente influenciado pela Directiva 86/653/CEE, de 18 de Dezembro de 1986.

No que concretamente respeita à indemnização e clientela, o regime fixado nos arts. 24 e ss. do HVertrG acompanha nos seus traços essenciais a disciplina dos arts. 17º a 19º da Directiva. Desapareceu, em consequência, o carácter degressivo que caracterizava o cálculo do respectivo montante, passando o art. 24º do HVertrG a dispor na sua alínea 4, que, sem prejuízo de uma convenção contrária mais favorável ao agente, que as partes podem sempre acordar, o montante máximo da indemnização corresponde a uma remuneração anual média do agente, calculada sobre a média das comissões recebidas durante os último cinco anos, ou, no caso de o contrato ter tido uma duração inferior a esse período, à remuneração anual média recebida durante a totalidade do contrato²⁶⁸.

²⁶⁷ *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, cit., pág. 69.

²⁶⁸ THOMAS STEINMANN, PHILIPPE KENEL e IMOGEN BILLOTTE, *Le contrat d'agence commerciale en Europe*, Bruylant, Bruxelas, 2005, pág. 580.

A indemnização de clientela foi, depois, conquistando adeptos entre outros ordenamentos jurídicos europeus, realçando a importância do contributo de alguns deles para a sua afirmação e regulamentação.

Em França, por força da Lei de 18 de Julho de 1937, o Code du Travail passou a consagrar no seu art. 29º-O²⁶⁹ a atribuição de uma indemnização de clientela ao “voyager, représentant, placier” (V.R.P.)²⁷⁰ sempre que o contrato findasse quer por iniciativa da contraparte sem que essa cessação tivesse origem na violação grave, por parte do V.R.P., da relação contratual respectiva quer em virtude de acidente ou doença de que sobreviesse para o agente uma incapacidade permanente e total para o trabalho.

O V.R.P. não dispunha de um estatuto similar ao do agente, desde logo porque ao contrário deste último, que era juridicamente autónomo, o “voyager, représentant, placier” era um trabalhador dependente relativamente ao(s) titular(es) da(s) empresa(s) a que estava vinculado, sendo que esse vínculo era até disciplinado no Código do Trabalho²⁷¹.

Esta norma atributiva da indemnização de clientela não era, no entanto, aplicável ao contrato de agência. Enquanto legalmente atípico, ao contrato de agência eram aplicáveis as normas previstas para o mandato. A necessidade de tutelar os interesses do agente, nomeadamente no momento da cessação do contrato, justificaram a caracterização, pela jurisprudência francesa, deste mandato como de “interesse comum”, o que conduziu a que se restringisse a liberdade do mandante de pôr fim ao contrato sem justa causa, ou seja, sem uma razão fundada em falta do mandatário.

A indemnização devida ao agente assenta, portanto, sobre os princípios da responsabilidade contratual. Sendo o contrato de agência reconduzido ao “mandato de interesse comum”, o seu objecto consistirá no crescimento da empresa através da criação e desenvolvimento da clientela, tarefa a ser realizada por cada uma das partes, no interesse de ambas. Este carácter de interesse comum do contrato de agência impõe a derrogação das regras do mandato gratuito, na medida em que lhe confere uma irrevogabilidade relativa.

²⁶⁹ Mais tarde art. L 751-9, do novo Code du Travail aprovado pela Lei de 2 de Janeiro de 1973.

²⁷⁰ Nas palavras de CAROLINA CUNHA, *A indemnização de clientela do agente comercial*, Studia Iuridica, 71, Coimbra Editora, Coimbra, 2003, pág. 17, o V.R.P. “é um assalariado *sui generis*: suporta as despesas da própria actividade (muitas vezes itinerante), pode prestar os seus serviços a vários empregadores em simultâneo e é remunerado à comissão sobre os contratos que efectivamente a(s) contraparte(s) venha(m) a celebrar com os clientes”.

²⁷¹ Vide CAROLINA CUNHA, *A indemnização de clientela do agente comercial*, cit., pág. 16.

Deste modo, o principal que, sem causa justificativa, ponha termo ao contrato, comete um acto ilícito, incorrendo em responsabilidade contratual²⁷².

Não obstante ser este o sistema de indemnização que o direito francês prevê para o agente – razão que esteve, aliás, na base da insistência da França para que o art. 17º da Directiva 86/653 o previsse como alternativa ao da indemnização de clientela e que, logicamente, o incorporasse na transposição que fez da referida Directiva²⁷³ –, a doutrina vem desde há muito entendendo que o “prejuízo sofrido” pelo agente, que justifica a atribuição ao mesmo da indemnização atrás referida, não pode deixar de representar senão a perda, por este, para o futuro, das comissões a que teria direito pelos negócios que o principal viesse a celebrar com a clientela por si criada ou desenvolvida²⁷⁴. Isto é, a criação e manutenção de uma clientela acabam por constituir finalidades coincidentes relativamente aos contratos em que intervinham o V.R.P. e o agente, de tal modo que, em ambos os casos, o fundamento das indemnizações devidas se ancora na perda dessa clientela²⁷⁵.

Em Itália, ainda antes da instituição a favor do agente, operada no art. 1751 do Codice Civile de 1942, de uma indemnização pela cessação do contrato, já os acordos económicos colectivos celebrados a partir de 1935 disciplinavam a atribuição ao agente de uma idêntica indemnização “di scioglimento”, a qual era calculada com base numa determinada percentagem sobre as comissões por ele anualmente recebidas.

O acordo de 1938, que substituiu o de 1935, viria a manter a atribuição dessa indemnização a favor do agente. Agora, contudo, através do chamado “trattamento previdenziale ENASARCO”, o qual resultava da contribuição obrigatória a cargo do principal, efectuada ao longo do contrato, de uma importância que era depositada junto do

²⁷² Vide AXEL DE THEUX, *Le statut européen de l'agent commercial - Approche critique de droit comparé*, FUSL, Bruxelas, 1992, págs. 288 e segs..

²⁷³ A Directiva 86/653 foi transposta para o ordenamento jurídico francês pela Lei 91-953, de 26 de Junho de 1991.

²⁷⁴ Cfr. MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, cit., pág. 78 e segs.. Vide também THOMAS STEINMANN, PHILIPPE KENEL e IMOGEN BILLOTTE, *Le contrat d'agence commerciale en Europe*, cit., pág. 593. Vide AXEL DE THEUX, *Le statut européen de l'agent commercial - Approche critique de droit comparé*, cit., págs. 289, refere também que o dano mais óbvio, embora não o único, que a ruptura do contrato acarreta para o agente reside na perda da respectiva “carteira de clientes”, na qual estão reflectidos todos os clientes que trataram com o agente, mesmo aqueles que já faziam parte da clientela do principal antes da entrada em funções do agente. O autor realça, de resto, a circunstância de ao agente não ser exigível, ao contrário do que sucede com o V.R.P., a prova de que “angariou uma clientela, que ele aumentou em número e em valor”.

²⁷⁵ Por esse motivo PINTO MONTEIRO, “Anteprojecto do Contrato de Agência”, in *BMJ*, nº 360, 1986, pág. 115, nota 153, se refere à “indemnité de rupture”, devida ao agente, como sendo de outro tipo da indemnização de clientela de que beneficiam os V.R.P., embora com um certo “parentesco”.

E.N.A.S.A.R.C.O.²⁷⁶, entidade à qual caberia assegurar o pagamento ao agente da indemnização a que eventualmente houvesse lugar no caso de cessação do contrato.

O Códice Civile de 1942 veio, no seu art. 1751, consagrar a obrigação de o principal pagar ao agente uma indemnização proporcional ao montante total das comissões por este auferidas durante a vigência do contrato, celebrado por tempo indeterminado, sempre que o mesmo viesse a cessar por razões não imputáveis ao agente. Sendo que o estabelecimento da medida dessa proporção era confiado aos acordos económicos colectivos – o que singularizou o sistema de atribuição da indemnização de clientela no ordenamento jurídico italiano -, aos usos, ou, na falta deles, ao juiz de acordo com as regras da equidade.²⁷⁷

Mais tarde e na sequência da discussão sobre a legitimidade constitucional para o afastamento do direito do agente à indemnização no caso de extinção do contrato por motivo que lhe fosse imputável, a Lei 911, de 15 de Outubro de 1971, viria a retirar tal requisito, reconhecendo ao agente o direito à indemnização independentemente da causa da extinção do contrato.

A resposta a esta alteração seria dada nos acordos económicos colectivos de 1974 e 1977, através da criação de uma compensação “extra-legal” – e por isso vinculativa apenas para os contratantes pertencentes às associações estipulantes -, denominada “indennità suppletiva di clientela”, a qual era suportada directamente pelo principal, a favor do agente, nos casos em que o contrato celebrado por tempo indeterminado cessasse por iniciativa do primeiro não fundada em causa imputável ao último e acrescia à indemnização “di scioglimento” legalmente prevista.²⁷⁸

²⁷⁶ O ENASARCO (Ente Nazionale Assistenza Agenti e Rappresentanti di Commercio) foi criado pelo Acordo Económico Colectivo celebrado em 30/06/1938 entre as organizações sindicais e as representativas dos comerciantes e industriais, visando, entre outras funções, a gestão da indemnização do agente pela extinção do contrato, através do “Fondo di Indennità Risoluzione dei Rapporti”. O Ente tornar-se-ia empresa pública a partir de 1939, tendo sido privatizada já em 1994.

²⁷⁷ ROBERTO BALDI, *Il Contratto di Agenzia, La Concessione di Vendita, Il Franchising*, 8ª edição, Giuffrè Editore, Milão, 2008, pág. 330 e segs.; MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, cit., pág. 82 e segs.; LUÍS MENEZES LEITÃO, *A indemnização de clientela no contrato de agência*, cit., pág. 18 e segs.; CAROLINA CUNHA, *A indemnização de clientela do agente comercial*, cit., pág. 20 e segs.

²⁷⁸ MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, cit., pág. 88. Com esta indemnização de clientela pretendeu-se, como refere ROBERTO BALDI, *Il Contratto di Agenzia, La Concessione di Vendita, Il Franchising*, cit., pág. 334, não apenas confirmar a natureza diferenciada do contrato de agência, mas ainda satisfazer as expectativas sobre o reconhecimento do carácter compensatório da indemnização pela resolução do contrato, marcando definitivamente a distância da mesma em relação à indemnização de antiguidade no contrato de trabalho subordinado.

Com a transposição da Directiva 86/653, operada pelo Decreto legislativo nº 303, de 10 de Setembro de 1991, viria a ser reintroduzido o requisito retirado pela lei de 1971. Além disso, deixou também a lei de fazer a remissão para os acordos económicos colectivos e os usos, a qual constituía uma característica singular do ordenamento jurídico italiano.

O art. 1751 do Codice Civile preceitua hoje que o principal deve pagar uma indemnização ao agente sempre que se verifiquem os seguintes requisitos: a) que o agente tenha angariado novos clientes ou desenvolvido sensivelmente os negócios com os clientes existentes e o principal continue a retirar vantagens substanciais dos negócios com tais clientes; b) que o pagamento de uma tal indemnização seja equitativo, atendendo às circunstâncias do caso concreto, em particular tendo em conta as comissões que o agente deixa de receber pelos negócios com tais clientes.

Nos termos da mesma norma legal, o direito à indemnização é excluído quanto: a) o principal resolva o contrato por incumprimento imputável ao agente, cuja gravidade não consinta a prossecução, mesmo que provisória, do contrato; b) o agente põe termo ao contrato por motivo que não seja justificado por circunstâncias atribuíveis ao principal ou a si próprio, estas em razão da idade, de enfermidade ou doença que tornem razoavelmente inexigível a prossecução da respectiva actividade; o agente ceda a terceiros, com o acordo do principal, os direitos e obrigações que para si derivam do contrato de agência.

A figura da indemnização de clientela surgiu na Alemanha por ocasião da consagração legal do contrato de agência, operada pela Lei de 6 de Agosto de 1953, que introduziu alterações ao Código Comercial Alemão (Handelsgesetzbuch, HGB) de entre elas o aditamento do § 89b, relativo à referida indemnização, sendo que o regime jurídico aqui adoptado acompanhou de perto aquele que estava já previsto na lei suíça (constante no artigo 418u do Código das Obrigações), nos termos do qual era atribuído ao agente ou aos seus herdeiros o direito – insusceptível de ser convencionalmente afastado – a uma indemnização, findo o contrato respectivo, sempre que a cessação do mesmo não tivesse origem em facto que lhe fosse imputável e que da sua execução tivesse resultado para o principal o benefício decorrente quer da manutenção de negócios com os clientes angariados pelo agente quer do incremento negocial proporcionado pela sua actividade. A indemnização era calculada

equitativamente e limitada a um montante correspondente a um ano de comissões calculado com base na média anual das recebidas nos últimos cinco anos do contrato²⁷⁹.

O regime adoptado foi mantido no essencial, não obstante as alterações que lhe foram introduzidas primeiro pela Lei de 13 de Maio de 1976 e, depois, pela Lei de 23 de Outubro de 1989, a qual transpôs para o ordenamento jurídico alemão a Directiva 86/653, esta que, de resto, se caracterizava por assumir, a par da “indemnité compensatrice” de origem francesa, o modelo alemão da compensação ou indemnização por clientela.

De facto, a Directiva 86/653, de 18 de Dezembro de 1986²⁸⁰, que pretendeu uniformizar o regime do contrato de agência e a tutela do agente comercial nos vários ordenamentos jurídicos integrantes da Comunidade Europeia, através da “aproximação dos sistemas jurídicos dos Estados-membros na medida do necessário para o bom funcionamento [do] mercado comum” acabou por não optar pela fixação de um modelo único no que respeita à indemnização de final de contrato a favor do agente – a exemplo do que sucedera nas propostas anteriormente apresentadas, que consagravam unicamente o modelo alemão e que, por isso, haviam merecido a oposição da França e do Reino Unido – deixando antes na disponibilidade dos Estados a escolha por um dos dois modelos adoptados: a indemnização ou compensação de clientela típica do modelo alemão ou a reparação por danos, que caracteriza o modelo francês.

Não obstante, o certo é que este último modelo da reparação por danos apenas foi adoptado pela França, sendo que todos os restantes Estados-membros optaram pela indemnização ou compensação de clientela, incluindo o Reino Unido, que tendo inicialmente defendido o modelo francês, acabaria por relegá-lo para uma solução supletiva à do modelo alemão, o qual admitia ser consagrado contratualmente pelas partes.

Conquanto tivesse já sido anteriormente objecto de aplicação na jurisprudência nacional desde pelo menos finais dos anos sessenta do século passado,²⁸¹ sendo reconduzida à norma constante do art. 245º do Código Comercial, respeitante à cessação, por revogação ou renúncia não justificada do contrato de mandato e, portanto, “à importação do modelo francês sobre a indemnização de clientela”²⁸², a consagração legal da indemnização de clientela no

²⁷⁹ LUÍS MENEZES LEITÃO, *A indemnização de clientela no contrato de agência*, cit., pág. 21.

²⁸⁰ Publicada no Jornal Oficial nº L 382/18, de 31 de Dezembro de 1986.

²⁸¹ V.g. no Acórdão do STJ de 7/3/1969, in RLJ, nº 103, 1970/1971, págs. 216 a 222.

²⁸² LUÍS MENEZES LEITÃO, *A indemnização de clientela no contrato de agência*, cit., pág. 27.

nosso país apenas ocorreu com a publicação do Decreto-Lei nº 178/86, de 3 de Julho, que aprovou o regime jurídico do contrato de agência. Este diploma, que teve origem num Anteprojecto de PINTO MONTEIRO²⁸³ e que escolheu, desde logo, a via do modelo germânico da indemnização de clientela²⁸⁴ constante na proposta de Directiva da Comissão das Comunidades Europeias de 1979, foi posteriormente alterado pelo Decreto-Lei nº 118/93, de 13 de Abril, o qual viria a transpor para a ordem jurídica interna a Directiva 86/653/CEE do Conselho, de 18 de Dezembro de 1986.

O regime respectivo encontra-se previsto no ordenamento jurídico português nos arts. 33º (no qual se estabelecem os requisitos de cuja verificação depende a aquisição pelo agente do direito à indemnização de clientela, fixando-se, ainda, os prazos para o exercício do referido direito) e 34º (onde se estipulam as regras de cálculo da indemnização de clientela) do referido Decreto-Lei.

3. Noção

Da análise do primeiro daqueles preceitos parece poder retirar-se um conjunto de elementos que permitem afirmar que a indemnização de clientela consiste no direito conferido ao agente (ou aos seus herdeiros) de reclamar do principal, finda a relação contratual a que estiveram vinculados e desde que verificados determinados requisitos previstos na lei, o pagamento de uma quantia representativa da contrapartida do benefício que para este advém da circunstância de continuar a obter, para lá da extinção do contrato, proventos ainda relacionados com a actividade desenvolvida pelo agente na execução do mesmo.

Trata-se, portanto e antes de mais, de um “instituto singular da ordem jurídica, dado que os benefícios resultantes de uma relação contratual extinta não dão normalmente origem a uma obrigação de compensação à custa da parte que auferiu esses benefícios”²⁸⁵.

Por outro lado, a indemnização de clientela também não se confunde com qualquer das restantes indemnizações ou compensações previstas na lei do contrato de agência, nomeadamente, quanto às primeiras, aquelas cujo direito se funda em dano resultante do não cumprimento do contrato (art. 32º, nº 1) ou na ocorrência de circunstâncias supervenientes

²⁸³ “Anteprojecto do Contrato de Agência”, in *BMJ*, cit., pág. 43 e segs.

²⁸⁴ Cfr. ponto 5 do preâmbulo do referido Dec-Lei 178/86.

²⁸⁵ LUÍS MENEZES LEITÃO, *A indemnização de clientela no contrato de agência*, cit., pág. 11. Vide, ainda, MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, cit., pág. 97.

que tornem impossível ou prejudiquem gravemente a realização do fim contratual (arts. 32º, nº 2) e, no que respeita às segundas, as que são devidas como contrapartida da obrigação de não concorrência do agente, após a extinção do contrato [art. 13º, g)] ou as respeitantes à comissão pelos contratos celebrados após o termo do contrato de agência. Aliás, a lei faz independer o direito do agente à indemnização de clientela de qualquer outra das indemnizações ou compensações referidas.

4. Pressupostos de aquisição do direito

Quanto aos pressupostos de aquisição do direito de atribuição da indemnização de clientela, são eles os constantes no nº 1 do art. 33º atrás citado: a extinção do contrato, a criação de clientela ou o aumento substancial do volume de negócios do principal atribuível à actuação do agente, a susceptibilidade de o principal continuar a usufruir, extinto o contrato, de benefícios consideráveis ainda relacionados com a actividade do agente e a ausência de retribuição ao agente, por contratos negociados ou concluídos, após a cessação do contrato de agência, com clientes por si angariados²⁸⁶.

4.1. A extinção do contrato

O direito à indemnização de clientela – que, nos termos do disposto no nº 1 do art. 33º, é autónoma de qualquer outra a que o agente eventualmente tenha direito – nasce com a cessação do contrato²⁸⁷, preenchidos que estejam, cumulativamente, os requisitos constantes nas alíneas a), b) e c) daquele nº 1.

²⁸⁶ A doutrina não é unânime quanto à qualidade de requisito de todos os pressupostos por nós indicados para a concessão da indemnização de clientela. Assim, CAROLINA CUNHA, *A indemnização de clientela do agente comercial*, cit., pág. 27 e segs., entende que a extinção do contrato não constitui um verdadeiro requisito, na medida em que essa cessação marca apenas o momento em que a verificação das circunstâncias elencadas nas várias alíneas o art. 33º, nº 1, do Dec.-Lei 178/86 conduz à aquisição do direito à indemnização de clientela. Também LUÍS MENEZES LEITÃO, *A indemnização de clientela no contrato de agência*, cit., pág. 35 e 45 e segs., considera separadamente a dependência da indemnização de clientela da cessação do contrato de agência e os pressupostos da atribuição dessa indemnização. Já para MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, cit., págs. 115 e segs., a extinção do contrato constitui o requisito prévio e formal, sendo os três restantes de natureza “material”. Ainda neste último sentido, vide PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 152, e, também, ENRIQUE GUARDIOLA SACARRERA, *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, Bosch, Barcelona, 1998, pág. 46.

²⁸⁷ É este o entendimento da maioria da doutrina, designadamente de MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, cit., págs. 117 e segs., o qual rebate ali a opinião de Autores que defendem ser a indemnização de clientela uma pretensão que nasce não com a cessação do contrato, mas antes num momento anterior, ou seja, ao longo da vigência do contrato.

O contrato de agência, diz-nos o art. 24º do Dec.-Lei 178/86, pode cessar por uma das seguintes formas: caducidade, denúncia, resolução e mútuo acordo.

Conduz, portanto, à eventual aquisição do direito à indemnização de clientela a extinção do contrato por qualquer das formas atrás referidas, sendo que no caso da denúncia e da resolução se torna necessário que elas sejam operadas com fundamento em circunstâncias que não sejam imputáveis ao agente.

Questão que desde há muito tem sido colocada é a de saber se uma modificação do contrato poderá representar uma extinção parcial do mesmo, com repercussão no direito à indemnização de clientela.

Esta extinção parcial do contrato supõe o acordo das partes, na medida em que o princípio da intangibilidade dos contratos, consagrado o art. 406º, nº 1, do Código Civil, impede a modificação unilateral dos seus termos.

Assim, a cessação parcial poderá ocorrer seja porque as partes celebram um acordo sobre a modificação ou extinção do contrato, ou porque o agente aceita uma sua modificação proposta pelo principal no âmbito do exercício, por este último, do direito de denúncia (a denúncia-modificação)²⁸⁸.

De entre as hipóteses referidas como podendo dar lugar à extinção parcial do contrato de agência, costumam ser apontadas a redução da zona ou grupo de pessoas originalmente atribuídos ao agente, a alteração ou redução da variedade de produtos comercializados pelo principal, a retirada ao agente da exclusividade ou a diminuição da taxa de comissão devida ao agente.

Comum a qualquer das situações atrás descritas é a circunstância de o agente ver reduzidos os respectivos rendimentos²⁸⁹, quer os advenientes da clientela entretanto angariada quer os respeitantes aos potenciais clientes que, em face da dita modificação, deixam de estar na sua área de actuação e, assim, na sua disponibilidade.

²⁸⁸ Sobre esta figura, vide BAPTISTA MACHADO, “Anotação ao Acórdão do STJ de 17/04/1986”, in *RLJ*, ano 120º, nº 3759, pág. 183 e segs.

²⁸⁹ No mesmo sentido CAROLINA CUNHA, *A indemnização de clientela do agente comercial*, cit., pág. 44.

Na doutrina tem-se, de um modo geral, defendido a atribuição da indemnização de clientela nas situações em que ocorra a redução da área geográfica ou o círculo de clientes originalmente objecto do contrato de agência, desde que essa redução seja substancial.²⁹⁰

Já quanto às situações de diminuição da variedade de produtos a promover pelo agente ou da redução da taxa da comissão que lhe é devida, encontramos entendimentos distintos. Assim, embora a maioria dos Autores defenda a inteira liberdade de iniciativa do principal no que respeita às decisões de política empresarial, uns defendem que as alterações decorrentes dessas decisões não importam a extinção parcial do contrato e, consequentemente, o surgimento de qualquer eventual direito à indemnização de clientela²⁹¹, ao passo que outros afirmam que essa liberdade de acção não permite ao principal eximir-se às consequências das opções que toma.²⁹²

4.2. A criação de clientela ou o aumento substancial do volume de negócios do principal, resultantes da actividade do agente

Um dos requisitos de cujo preenchimento cumulativo a lei faz depender a aquisição do direito à indemnização de clientela, consiste na circunstância de se ter verificado, na esfera do principal, por força da actividade levada a cabo pelo agente durante a execução do contrato, a criação de clientela²⁹³ ou, em alternativa, um aumento substancial do volume de negócios com a clientela já existente.

Novos clientes serão desde logo aqueles com os quais o principal nunca tinha negociado, tenham eles sido angariados pelo agente já depois do início da vigência do contrato ou num momento anterior e façam parte de uma sua “carteira de clientes”²⁹⁴.

²⁹⁰ Vide, entre muitos outros, MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, cit., págs. 140 e LUÍS MENEZES LEITÃO, *A indemnização de clientela no contrato de agência*, cit., pág. 38. Quanto ao momento do exercício do direito à indemnização de clientela, no caso da extinção parcial, vide CAROLINA CUNHA, *A indemnização de clientela do agente comercial*, cit., pág. 45 e segs..

²⁹¹ MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, cit., págs. 135 segs..

²⁹² CAROLINA CUNHA, *A indemnização de clientela do agente comercial*, cit., pág. 41, nota 63; MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, cit., págs. 186 e segs..

²⁹³ Clientela é vulgarmente definida como o conjunto de clientes ou fregueses de um negociante ou estabelecimento, sendo o cliente aquele que adquire os produtos ou serviços de um determinado comerciante, *Dicionário de Língua Portuguesa*, Porto Editora, 2009.

²⁹⁴ Para prevenir eventual dificuldade para comprovar, a final, o acervo de clientes por si angariados, será aconselhável o agente a exigir ao principal que este lhe forneça, por escrito, uma lista dos clientes activos reportada à data do início de execução do contrato.

Mas não só. A doutrina tem entendido caber no conceito de “novos clientes” também aqueles que tendo interrompido as suas relações com o principal, acabaram por ser recuperados pela acção levada a cabo pelo agente. E ainda, segundo alguma doutrina, os que, sendo habituais clientes de algum ou alguns dos produtos negociados pelo principal, passam, por força da actividade desenvolvida pelo agente, a sê-lo também de outros de igual modo por aquele fornecidos, mas que anteriormente os adquiriam a diferente fornecedor.²⁹⁵

Questão que habitualmente se coloca é a de saber qual o conceito de cliente cujo preenchimento é exigido para efeitos de indemnização de clientela. A discussão centra-se na consideração, ou não, dos clientes ocasionais ou esporádicos para a integração do referido conceito. A opinião maioritária²⁹⁶, de acordo com a qual apenas devem ser tidos em consideração para o efeito os clientes habituais ou fixos, parece ser a defensável, desde logo porque tratando a indemnização de clientela da compensação, a favor do agente, pelos benefícios futuros para o principal advenientes da circunstância de o mesmo prosseguir as respectivas relações comerciais com clientes angariados pelo agente, só esse tipo de clientela é apto a fazer prever, com certa dose de garantia, a manutenção da sua disponibilidade para o principal.

Refira-se, por fim, que não obstante a lei usar o termo no plural, a doutrina tem admitido, correctamente na nossa perspectiva, a possibilidade de preenchimento do requisito de que tratamos (a angariação de novos “clientes”) em situações nas quais se verifica ter sido angariado unicamente um cliente. As razões adiantadas prendem-se com o significado, em

²⁹⁵ Vide, entre muitos outros, CAROLINA CUNHA, *A indemnização de clientela do agente comercial*, cit., pág. 114 e segs., e LUÍS MENEZES LEITÃO, *A indemnização de clientela no contrato de agência*, cit., pág. 48, MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, cit., págs. 151 e segs. e ENRIQUE GUARDIOLA SACARRERA, *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, cit., pág. 46.

²⁹⁶ PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 154, considera que serão “apenas ou fundamentalmente” os “clientes habituais, fixos, com os quais o principal pode contar no futuro”, aqueles “que interessam para decidir o direito à indemnização de clientela e do seu montante”; LUÍS MENEZES LEITÃO, *A indemnização de clientela no contrato de agência*, cit., pág. 47 e segs., por seu lado, põe o acento tónico na exigência de “uma certa estabilidade na relação [do principal] com os clientes”, dado que só ela permitirá assegurar a subsistência de futuras relações negociais entre ambos para lá da extinção do contrato. Para MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, cit., págs. 148 e 149, o conceito de cliente para efeitos da indemnização de clientela há-de ser um conceito qualificado pela assiduidade que caracteriza a “clientela” como o círculo de pessoas que se servem de um determinado empresário para satisfazer as suas necessidades de um certo produto ou serviço com um tal regularidade que faça supor que no futuro essa procura se irá manter. CAROLINA CUNHA, *A indemnização de clientela do agente comercial*, cit., pág. 104 e segs., por seu lado, entende que há-de ser apreciando as concretas circunstâncias que o tribunal deverá “procurar determinar se, em face dos critérios usualmente aplicados pelas empresas desse sector, se pode dizer que estamos perante um cliente”.

termos de volume de aquisições, que esse cliente possa ter no contexto do negócio do principal²⁹⁷.

No que respeita ao alternativo acréscimo no volume de negócios com a clientela já existente, o direito à indemnização de clientela só se constituirá se aquele incremento for substancial.

O crescimento do volume de negócios do principal por acção do agente pode ser quantitativo, se resulta do aumento das vendas a clientes de produtos habituais, ou qualitativo, se é consequência da aquisição, pelos mesmos clientes, para além desses produtos habitualmente consumidos, de outros produtos distintos, mas do mesmo género, igualmente comercializados pelo principal.

E pode até considerar-se verificado tal requisito em situações nas quais não houve, de facto, aumento do volume de negócios do principal. Pode, realmente, suceder que, apesar de o agente, com o desenvolvimento da sua actividade, fomentar, de modo substancial, a celebração de contratos por parte do principal, circunstâncias várias externas ao contrato, como por exemplo a baixa de preços dos produtos no mercado ou a ocorrência de uma conjuntura recessiva, venham a determinar o não incremento da clientela ou do volume de negócios. Em tal situação, o contributo da actividade do agente terá que ser considerado em função de todo esse circunstancialismo, de modo a conferir visibilidade ao esforço desenvolvido eventualmente justificativo do direito à indemnização de clientela²⁹⁸.

Quanto à substancialidade do acréscimo do volume de negócios do principal, a doutrina tem, de um modo geral, optado por não concretizar este conceito indeterminado, remetendo tal tarefa para a apreciação casuística a levar a cabo pela jurisprudência²⁹⁹. Sendo que a jurisprudência nacional já considerou preenchido este requisito numa situação em que se verificou um aumento anual de transacções com a carteira de clientes de 10%.³⁰⁰

²⁹⁷ Vide as situações exemplares referidas a propósito por CAROLINA CUNHA, *A indemnização de clientela do agente comercial*, cit., pág. 107, nota 186.l

²⁹⁸ Neste sentido, entre outros, vide PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 153 e MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, cit., págs. 165 e segs..

²⁹⁹ CARLOS LACERDA BARATA, *Anotações ao Novo Regime do Contrato de Agência*, Lex, Lisboa, 1994., pág. 82. Vide ainda MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, cit., págs. 164 e segs.. Referindo-se à aplicação da lei do contrato de agência em Espanha, CARLOS LARRUMBE LARA, “Problemas prácticos en la aplicación de la ley sobre contrato de agencia”, in *Contrato de agencia, distribución y franquicia, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006, pág. 95, considera que se cumprirá este requisito quando o incremento das vendas ultrapasse os 20 ou 25% do volume de vendas anterior.

³⁰⁰ Cfr. Ac. RL de 07/10/1993, CJ, 1993, IV, pág. 133 e segs..

4.3. A susceptibilidade de o principal continuar a usufruir, extinto o contrato, de benefícios consideráveis ainda relacionados com a actividade do agente

Nos termos do disposto na alínea b) do nº 1 do art. 33º, o direito à indemnização de clientela fica, também, dependente de o principal manter, para lá do momento da cessação do contrato, benefícios consideráveis que estejam ainda relacionados com a actividade desenvolvida pelo seu ex-agente.

Este é, pode dizer-se, o requisito positivo essencial para a constituição do direito à indemnização de clientela. Ele pressupõe e é a factor de funcionamento do requisito anterior. De facto, como adiante veremos, a indemnização de clientela visa a compensação do agente como contrapartida pelos benefícios que a sua actividade – de criação ou incremento de clientela – continuar a proporcionar ao principal para lá do momento da extinção do contrato.

A lei exige, portanto, para a atribuição ao agente do direito à indemnização de clientela, que o principal continue, findo o contrato, a usufruir de benefícios resultantes da actividade do agente. Mas não de quaisquer benefícios. Têm que ser benefícios consideráveis.

O preenchimento desse conceito deverá ter em conta, na apreciação do caso concreto³⁰¹, por um lado o contexto em que são obtidos os benefícios, isto é, na zona geográfica ou no círculo de clientes em que o agente exerceu a sua actividade e não por reporte ao volume total de negócios do principal e, por outro lado, não têm que ser considerados apenas as vantagens directamente relacionadas com as vendas de produtos ou prestação de serviços pelo principal, resultantes da actividade do agente, antes podendo ter outras origens³⁰², sem que por isso devam ser considerados desligados do labor deste último.

A fruição, pelo principal, dos benefícios considerados não tem que ocorrer já no momento da concretização do direito à indemnização de clientela, sendo suficiente para tal que “de acordo com um juízo de prognose³⁰³, seja bastante provável que eles [os benefícios para o principal] se venham a verificar, isto é, que a clientela angariada pelo agente constitua, em si mesma, uma chance para o principal”³⁰⁴.

³⁰¹ MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, cit., págs. 171.

³⁰² Sobre a qualidade dos benefícios que poderão ser considerados para o efeito, vide a minuciosa análise de CAROLINA CUNHA, *A indemnização de clientela do agente comercial*, cit., pág. 147 e segs.

³⁰³ Sobre esta peculiaridade da indemnização de clientela, de fazer subir à qualidade de pressuposto uma mera probabilidade, vide MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, cit., págs. 167 e segs.

³⁰⁴ PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência, Anotação ao Dec.-Lei nº 178/86, de 3 de Julho*, cit., pag. 134.

Além disso, não tem que ser directa a fruição do benefício pelo principal. O que interessa é que ele fique em condições de continuar a usufruir da actividade do seu ex-agente, mesmo que só indirectamente. Assim, se o principal decide substituir o sistema de distribuição dos seus produtos, passando a operar através de intermediários, ou mesmo de uma rede de concessionários, não é esse facto impeditivo de que ele continue a usufruir da vantagem representada na manutenção de um sector do mercado correspondente à clientela angariada pelo agente³⁰⁵.

Mais difícil é afirmar a conservação das vantagens pelo principal no caso de encerramento definitivo da actividade empresarial do principal ou, apenas, da área de comercialização à qual esteve ligada a actividade do agente. Em qualquer uma dessas situações e desde que fundamentadas em razões de política empresarial³⁰⁶ as decisões nesse sentido tomadas pelo principal, parece ter de concluir-se pela falta de preenchimento do requisito de que tratamos.

4.4. A ausência de retribuição ao agente, por contratos negociados ou concluídos, após a cessação do contrato de agência, com clientes por si angariados

Finalmente, para que se verifique o direito à indemnização de clientela, exige-se, na alínea c) do nº 1 do art. 33º, que o agente deixe de receber qualquer retribuição por contratos negociados ou concluídos, após a cessação do contrato de agência, com clientes por si angariados.

Pressupõe a norma a existência de uma compensação do agente por convenção.

A imposição deste requisito negativo fundamenta-se na necessidade de evitar a duplicação da compensação ao agente em virtude de ter sido extinto o contrato. De facto, convencionando as partes, finda a relação contratual, continuar o principal a pagar ao agente

³⁰⁵ PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 153. Cfr. o decidido neste sentido (embora abordando a questão relativamente ao contrato de concessão) no Ac. STJ de 22/09/2005, proferido no processo 05B1894, disponível em <http://www.dgsi.pt>.

³⁰⁶ Caso contrário, isto é, verificando-se que as decisões do principal não se ancoraram nessas razões, será a conduta do mesmo passível de acarretar responsabilidade pelos danos causados ao agente, defendendo-se não o direito à indemnização de clientela, tendo em conta a não verificação do requisito previsto na al. b) do nº 1 do art. 33º, mas o pagamento de uma indemnização por danos de valor correspondente àquele que caberia ao agente a título de indemnização de clientela (MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, cit., págs. 187 e 188).

uma retribuição correspondente às comissões a que o mesmo teria direito caso a execução do contrato subsistisse, deixa de ter sentido atribuir-lhe o direito à indemnização de clientela³⁰⁷.

5. Exclusão da indemnização de clientela

O contrato de agência pode cessar, de acordo com o que se dispõe no art. 24º, por acordo das partes, caducidade, denúncia e resolução.

O Decreto-Lei nº 118/93, de 13 de Abril, veio introduzir alterações ao texto do Decreto-Lei nº 178/86, aditando ao seu art. 33º os nºs 3 e 4, respeitantes à cessação do contrato por razões imputáveis ao agente ou por acordo e ao exercício do direito à indemnização de clientela.

Estabelece o nº 3 que não é devida indemnização de clientela se o contrato tiver cessado por razões imputáveis ao agente ou se este, por acordo com a outra parte, houver cedido a terceiro a sua posição contratual.

O afastamento do direito à indemnização de clientela no caso de o contrato ter cessado por razões imputáveis ao agente não estava previsto na primitiva redacção do Decreto-Lei 178/86. De facto, não obstante entender que o “melhor solução” para esta questão passaria pela atribuição daquele direito ao agente independentemente de o contrato cessar por facto a ele imputável, dada a finalidade compensatória (e não sancionatória) da indemnização de clientela³⁰⁸, PINTO MONTEIRO justificou a sua não previsão no texto legal pela complexidade e controvérsia da questão, conduzindo o legislador a permitir uma “lacuna voluntária”, ao consagrar uma fórmula normativa (artigo 33º, texto inicial) que não prejudicasse aquela que fosse de considerar, no futuro, a melhor solução, pelo trabalho conjunto da doutrina e da jurisprudência³⁰⁹.

Hoje, porém, por respeito à norma contida naquele nº 3 do art. 33º, o agente não terá direito à indemnização de clientela se o contrato cessar por razões que lhe sejam imputáveis.

³⁰⁷ PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 155.

³⁰⁸ PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência, Anotação ao Dec.-Lei nº 178/86, de 3 de Julho*, cit., págs. 135 e 136. Posição que o Autor reafirma mesmo após a alteração imposta pela Directiva, na “Anotação ao Acórdão do STJ de 27/06/1995”, in *RLJ*, cit., págs. 155 e segs.. Em sentido contrário, vide LUÍS MENEZES LEITÃO, *A indemnização de clientela no contrato de agência*, cit., pág. 57.

³⁰⁹ “Anteprojecto do Contrato de Agência”, in *BMJ*, cit., pág. 117.

Será, todavia, importante reter que aquilo a que o dito preceito manda atender, para efeitos de considerar, ou não, excluída a indemnização de clientela é não a mera manifestação de vontade tendente à cessação do contrato, mas sim a razão da cessação. Isto é, pode suceder ser o agente a resolver o contrato sem, contudo, a cessação deste lhe poder ser imputável. Basta que o resolva com fundamento, verificado, no incumprimento contratual do principal.

O que leva à consideração de que a cessação do contrato apenas poderá ser imputada ao agente nos casos de resolução pelo principal com fundamento em incumprimento³¹⁰ e de denúncia pelo agente.

Já nos casos de cessação por acordo e de caducidade, nada parece impedir o direito do agente à indemnização de clientela.

Refere ainda o n.º 3 do art. 33º outro motivo impeditivo da aquisição do direito de indemnização de clientela pelo agente: o facto de este, com o acordo do principal, haver cedido a terceiro a sua posição contratual.

Parece poder extrair-se do referido preceito a conclusão de que o legislador exige a extinção objectiva (e não a subjectiva) do contrato para que se constitua o direito à indemnização de clientela.

Sendo assim, a justificação para a negação do direito à indemnização de clientela insita no n.º 3, *in fine*, estará no facto de não ter ocorrido ainda a extinção do contrato, pelo que se mostra inverificado o pressuposto exigido no n.º 1 do art. 33º, que condiciona a atribuição daquele direito à cessação do contrato.

6. Exercício do direito à indemnização de clientela

O n.º 4 do art. 33º regula o exercício do direito à indemnização de clientela.

Nele se estabelece o prazo dentro do qual o agente (ou os seus herdeiros³¹¹) deve comunicar ao principal a sua pretensão. A realização desta comunicação pode ser extrajudicial, não sendo fixada qualquer exigência de forma para a declaração.

³¹⁰ Ac. do STJ de 07/03/2006, Proc. 27/06 (Relator: Conselheiro Alves Velho), in *CJ*, 189, 2006, I, págs. 108 e segs.

³¹¹ Refira-se que por morte do agente – acontecimento que origina a caducidade do contrato (art. 26º, al. c) –, o direito a exigir a indemnização de clientela transfere-se para os seus herdeiros. Direito que pode ser exercido quer na sequência da caducidade do contrato resultante da morte do agente quer no caso de o agente vir a falecer depois de haver cessado o contrato. Necessário é que – à semelhança do que sucede para o agente (art. 33º, n.º 4)

E, na falta de acordo quanto ao pagamento da indemnização, é fixado também o prazo para o agente propor a competente acção judicial.

O desrespeito por qualquer dos prazos determina a extinção do direito à indemnização de clientela.

7. Cálculo da indemnização de clientela

O art. 34º estipula as regras de cálculo da indemnização de clientela, determinando que esta é fixada em termos equitativos, não podendo, contudo, exceder um valor equivalente a uma indemnização anual, a qual deverá ser calculada a partir da média anual das remunerações recebidas pelo agente nos últimos cinco anos ou, no caso de o contrato ter uma duração inferior, da média do período em que o contrato esteve em vigor.

A lei submete, portanto, à justiça a que as circunstâncias do caso concreto fazem apelo o cálculo desta indemnização. Sendo certo, contudo, que o valor que se vier a revelar equitativo será ainda sujeito à limitação imposta no preceito em causa, sendo caso disso.

O valor da indemnização de clientela é determinado dentro de uma moldura cujo limite superior é o equivalente a uma indemnização anual correspondente à média dos últimos cinco anos ou, tendo o contrato durado menos tempo, à média do período em que esteve em vigor.

Vem-se entendendo que a limitação imposta funciona como uma protecção para o principal, dado que, não obstante os elevados benefícios que possa recolher da actividade do agente, ele sabe que apenas terá que pagar, a final, uma quantia equivalente a uma indemnização anual.

O que – mesmo (ou até) considerando a necessidade de se procurar estabelecer o equilíbrio entre os interesses do agente e do principal – parece despropositado por não se vislumbrarem motivos para não ser considerado o valor que o julgador efectivamente apure em face das circunstâncias do caso concreto³¹². Valor que, de resto, o principal sempre poderia impugnar.

– os herdeiros comuniquem ao principal a intenção de receber a indemnização no prazo de um ano a contar da data da cessação do contrato.

³¹² MENEZES CORDEIRO, *Manual de Direito Comercial*, cit., pág. 508, considera, aliás, que a preocupação “de não esmagar o principal”, que esteve na base da opção do legislador, revela alguma injustiça, suscitando a questão da inconstitucionalidade da norma nos casos em que se prove a existência de um prejuízo de valor superior ao de uma retribuição anual, acompanhado por um dano que igualmente ultrapasse o limite máximo fixado na lei.

8. Natureza jurídica da indemnização de clientela

Sobre a questão da natureza jurídica da indemnização de clientela existe, desde há muito, na doutrina, intenso e controvertido debate, sendo que, independentemente do modo como configuram esse direito do agente, a grande maioria das teses propostas ligam a respectiva atribuição à necessidade de proporcionar protecção a este contratante, em face do principal, no momento da extinção do contrato³¹³.

Isso porque, como também é quase unanimemente aceite, o agente constitui, em regra, a parte mais débil da relação contratual em causa, em virtude da sua dependência absoluta relativamente ao contrato, ou, como refere CAROLINA CUNHA, “a uma concreta relação de agência”³¹⁴.

Foi, decerto, por assim também o entender, que o legislador comunitário, na formulação da Directiva 85/653/CEE – diploma que indubitavelmente é enformado por uma filosofia de tutela do agente –, consagrou no seu art. 19º a proibição das partes, antes da cessação do contrato, derogarem, em prejuízo do agente, as normas relativas à indemnização de clientela constantes nos arts. 17º e 18º do mesmo diploma.

Caberá, de seguida, referir algumas das teorias propostas sobre o fundamento da indemnização de clientela.

8.1. Carácter ressarcitório da indemnização

Uma primeira tese atribui à indemnização de clientela carácter ressarcitório, por entender que ela teria como finalidade ressarcir o agente pelos danos sofridos com a perda, no futuro, das remunerações a que teria direito se o contrato continuasse a ser executado e com o correspondente aumento do património do principal³¹⁵.

CARLOS LARRUMBE LARA, “Problemas prácticos em la aplicación de la ley sobre contrato de agência”, in *Contrato de agencia, distribución y franquicia, Cuadernos de Derecho Judicial*, cit., pág. 101, entende que esta indemnização é percebida como correcta, em linhas gerais, para os agentes comerciais cuja actividade dura poucos anos e insuficiente para aqueles que a mantêm por muitos anos.

³¹³ Vide, entre outros, CAROLINA CUNHA, *A indemnização de clientela do agente comercial*, cit., pág. 423 e segs. e MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, cit., págs. 67 e segs.; também PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 157 e 160, parece não colocar de parte tal finalidade da indemnização de clientela.

³¹⁴ *A indemnização de clientela do agente comercial*, cit., pág. 248.

³¹⁵ AXEL DE THEUX, *La fin du contrat d'agence commerciale*, Bruylant, Bruxelas, 1997, págs. 69 e segs.; ROBERTO BALDI, *Il Contratto di Agenzia, La Concessione di Vendita, Il Franchising*, cit., págs. 332 e segs.

Esta tese caracteriza-se por uma evidente aproximação à orientação francesa da indemnização pelo prejuízo sofrido pelo agente com a extinção do contrato de agência, o qual, como já atrás se referiu, sendo concebido como um mandato de interesse comum e, portanto, de irrevogabilidade relativa, imporia sobre o principal a obrigação de se abster de, sem causa justificativa, pôr termo ao contrato, sob pena de cometer um acto ilícito e, desse modo, incorrer em responsabilidade contratual.

As críticas a esta teoria assentam fundamentalmente no argumento – que também nos parece de sufragar - de que a norma legal não permite extrair interpretação que funde a atribuição da indemnização de clientela na reparação de danos sofridos pelo agente, danos esses cuja prova não é, de resto, requisitada para a atribuição daquele direito.³¹⁶

E nem o facto de o Decreto-Lei nº 118/93 ter vindo aditar ao art. 33º o nº 3 e, assim, conferir algum apoio àqueles que defendem a tese da indemnização, parece contrariar aquele argumento. A norma em causa adoptou para a ordem jurídica nacional a corrente contida no nº 2 do art. 17º da Directiva, fiel à solução germânica (e não à francesa, perspectivada no nº 3 do referido artigo, onde predomina a componente ressarcitória). Ora o direito alemão, que no § 89 d do HGB faz depender o direito á indemnização de clientela do facto de o contrato não ter cessado por causa imputável ao agente, estipula nesse mesmo § 89 d que “O agente pode exigir do principal, após a extinção do contrato, uma compensação razoável se ...”.

8.2. Indemnização por antiguidade

Alguma doutrina italiana identificou no contrato de agência – pelo menos nas situações em que existe uma mais forte subordinação do agente ao principal – traços que caracterizam

³¹⁶ PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., págs. 150-151; MARIA HELENA BRITO, *Contrato de Concessão Comercial*, Livraria Almedina, Coimbra, 1990, págs. 100, afirma que, no direito português, a indemnização de clientela, não tendo função reparadora – o que ali também advoga -, não é, em sentido próprio, indemnização. CAROLINA CUNHA, *A indemnização de clientela do agente comercial*, cit., pág. 388, refere que os concretos requisitos da indemnização de clientela na sua vertente “germânica” (que é a adoptada pelo nosso ordenamento jurídico) não se coadunam com a natureza ressarcitória daquela figura; LUÍS MENEZES LEITÃO, *A indemnização de clientela no contrato de agência*, cit., pág. 97, apesar de aceitar que a extinção do contrato pode consubstanciar um dano para o agente, entende que a indemnização de clientela não visa a finalidade própria de uma verdadeira indemnização, isto é, a reconstituição da situação patrimonial daquele. Para CARLOS LACERDA BARATA, *Anotações ao Novo Regime do Contrato de Agência*, cit., pág. 83. “não estamos aqui no domínio da responsabilidade civil, pois (inequivocamente) não se visa, primordialmente, reparar um dano”.

as relações de trabalho subordinado, falando, por isso, de uma sua aproximação à “indenização por antiguidade”³¹⁷.

É também inaceitável esta teoria. A identificação da relação de agência com o contrato de trabalho não é passível de ser feita sem colocar em risco a legalmente consagrada autonomia do agente. Ora, quer a subordinação jurídica própria da relação laboral³¹⁸ quer a autonomia com que o agente exerce a sua actividade são elementos que distinguem claramente os contratos de trabalho e de agência. De facto, o contrato de trabalho³¹⁹ pressupõe a subordinação jurídica, que consiste em o trabalhador exercer a sua actividade sob ordens, direcção e fiscalização da entidade patronal³²⁰. Diferentemente do que sucede no contrato de agência, onde o agente exerce a sua actividade com autonomia, a qual deve subsistir mesmo quando ele tenha de se conformar com orientações adequadas à política económica do principal e a prestar contas da sua actividade.

8.3. A indenização de clientela como um regime especial de enriquecimento sem causa

A tese de que a indenização de clientela constitui a aplicação do princípio geral do enriquecimento sem causa é defendida por uma parte significativa da doutrina³²¹, a qual

³¹⁷ Vide os Autores citados por LUÍS MENEZES LEITÃO, *A indenização de clientela no contrato de agência*, cit., pág. 93, nota 166.

³¹⁸ A qual se traduz, de acordo com MONTEIRO FERNANDES, *Noções Fundamentais de Direito do Trabalho*, Livraria Almedina, Coimbra, 1979, pág. 43, na “relação de dependência necessária da conduta pessoal do trabalhador na execução do trabalho face às ordens, regras ou orientações ditadas pelo empregador, dentro dos limites do mesmo contrato e das regras que o regem”.

³¹⁹ Cujas definições constam no art. 1152º, do Código Civil, que dispõe: “Contrato de trabalho é aquele pelo qual uma pessoa se obriga, mediante retribuição, a prestar a sua actividade intelectual ou manual a outra pessoa, sob a autoridade e direcção desta”

³²⁰ MARIA ADOZINDA BARBOSA PEREIRA, “Contrato de Trabalho – Contrato de Agência – Distinção”, in *RMP*, 94, Ano 24, Abr./Jun./ 2003, págs. 149 e segs..

³²¹ LUÍS MENEZES LEITÃO, *A indenização de clientela no contrato de agência*, cit., págs. 98 e segs., defende a tese do enriquecimento por prestação, de acordo com a qual a indenização tem por função de compensar o agente pelo desequilíbrio patrimonial resultante da falta de contrapartida pela prestação efectuada por este último a favor do principal, traduzida na angariação de clientes ou no incremento do volume de negócios. ELSA VAZ DE SEQUEIRA, “Contrato de franquia e indenização de clientela”, in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Brito de Almeida Costa*, cit., págs. 475 e segs., considera que a causa do enriquecimento “não é a actividade do agente nem tão-pouco o contrato de agência, mas sim a cessação deste”, defendendo que o conceito de “sem causa” deve ser entendido, no âmbito da indenização de clientela, não como “sinónimo de ausência de nexo de causalidade ou de inexistência de uma fonte jurídica para o enriquecimento”, mas enquanto injusta a atribuição patrimonial em que se traduz o enriquecimento. CARLOS LACERDA BARATA, *Anotações ao Novo Regime do Contrato de Agência*, cit., pág. 84, não obstante reconheça fundamentar-se a indenização de clientela no direito à retribuição “que se repercute na fase pós-contratual”, tratando-se a mesma, por isso, “de uma manifestação pós-eficaz do dioreito à retribuição que, aqui, se projecta para além da vida do contrato: uma

identifica o respectivo fundamento no facto de o principal continuar a usufruir, depois de extinto o contrato, das vantagens que lhe são proporcionadas ainda pelo incremento da clientela resultante da actividade do agente, sem contrapartida para este e, portanto, sem causa justificativa.

O instituto do enriquecimento sem causa encontra-se regulado no art. 473º e segs. do Código Civil, prescrevendo aquele primeiro artigo: “Aquele que, sem causa justificativa, enriquecer à custa de outrem é obrigado a restituir aquilo com que injustamente se locupletou”.

Para que se verifique a situação referida no preceito é necessário, portanto, que ocorra o enriquecimento de alguém à custa do empobrecimento de outrem “quando o desequilíbrio dos patrimónios não se justifica por uma razão jurídica”³²².

Não se duvidará que a indemnização de clientela tem como objectivo restabelecer, em certa medida, o equilíbrio entre as prestações das partes no contrato de agência.

Todavia, não parece ser já possível dizer-se que o desequilíbrio que eventualmente ocorra não tem causa justificativa, como exige o art. 473º do Código Civil. É que, para os autores das críticas a esta tese³²³, essa causa justificativa existe: é o contrato de agência. É do cumprimento de tal contrato que eventualmente virá a resultar para o principal um benefício desequilibrador dos patrimónios que a indemnização de clientela visa atenuar.

Além disso, também a circunstância de a indemnização de clientela ser devida em situações nas quais pode eventualmente não se vir a constatar o efectivo benefício do principal³²⁴ debilita o argumento em que se apoia esta tese.

retribuição diferida”salienta, também que a esse fundamento “não é estranho” o instituto do enriquecimento sem causa, na medida em que “as preocupações que determinam” o seu regime legal “estão aqui presentes”. PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., não obstante propender para a tese da retribuição diferida (pág. 160), afirma, ao analisar a tese ressarcitória, que “Estar-se-á ... mais próximo do instituto do enriquecimento sem causa do que da responsabilidade civil...” (págs. 151/152) considerando ser o recurso àquele primeiro instituto “sempre uma tentação” (págs. 158 e segs.).

³²² ANA PRATA, *Dicionário Jurídico*, 4ª Edição, Livraria Almedina, Coimbra 2005, pág. 496.

³²³ Vide, entre outros, CAROLINA CUNHA, *A indemnização de clientela do agente comercial*, cit., pág. 379 e segs., especialmente 384.

³²⁴ Dado que para a atribuição da indemnização de clientela ao agente o que importa, para o preenchimento do requisito indicado na alínea b), do nº 1, do art. 33º, é que, de acordo com um juízo de prognose, seja provável que os benefícios com a clientela angariada pelo agente se venham a verificar na esfera do principal para da extinção do contrato. Ou seja, como salienta PINTO MONTEIRO, “Denúncia de um contrato de concessão comercial - anotação ao Acórdão do STJ de 27/06/1995”, in *RLJ*, Ano 130º, nº. 3878, págs. 22 e segs..

8.4. Tese da retribuição diferida

A tese da retribuição diferida é defendida por uma grande franja da doutrina, a qual sustenta que a indemnização de clientela visa proporcionar ao agente, no final do contrato, uma retribuição cujo direito ele adquiriu no desenvolvimento da execução da relação contratual, mas que apenas lhe é atribuída a título de contrapartida pelo não recebimento das comissões a que teria direito não fora a cessação do contrato³²⁵.

Ou seja, ela constituirá, na verdade, retribuição que se destina a compensar o agente pela ausência dos proventos correspondentes às vantagens relacionadas com o incremento da clientela ou dos negócios resultante da sua actividade e das quais se presume continuar a beneficiar o principal após a cessação do contrato³²⁶.

O legislador procura, desse modo, no momento em que se liquida a relação contratual, acertar as contas no que respeita ao equilíbrio das prestações³²⁷.

³²⁵ Vide PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 160, Autor para o qual a tese da retribuição diferida “se afigura preferível e para que tendemos”. MARTÍNEZ SANZ, “En torno a las consecuencias patrimoniales de la extinción del contrato de distribución comercial (A propósito de la STS [Sala 1ª] de 27 de Mayo de 1993)”, in *Cuadernos de Derecho y Comercio*, num. 12, dic. 1993, págs. 217 e segs. (226-227) e *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, 2ª edição, Civitas, Madrid, 1998, pág. 115; CARLOS LACERDA BARATA, *Anotações ao Novo Regime do Contrato de Agência*, cit., pág. 83, para quem a indemnização de clientela está decisivamente ligada ao direito à retribuição do agente: “... o que está em causa é o direito do agente à retribuição, por resultados advenientes da sua actividade, direito esse que se repercute na fase pós-contratual, em termos que conferem ao agente o direito a ser “compensado” da não obtenção de ganhos que, não fora a extinção do contrato, perceberia a título de comissão”. MARIA HELENA BRITO, “O Contrato de Agência”, in *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, FDUCL/CEJ, Livraria Almedina, Coimbra, 1988, pág. 132, entende que a indemnização de clientela corresponde a uma compensação que resulta da transformação do direito à comissão operada pela extinção do contrato e que “terá em conta as retribuições esperadas pelo agente se o contrato não fosse interrompido”, concluindo, pois, tratar-se “de uma remuneração pela clientela angariada pelo agente e que vem a beneficiar o principal”. No mesmo sentido parece seguir JANUÁRIO GOMES, “Apontamentos sobre o Contrato de Agência”, in *Tribuna da Justiça*, 3 (1990), pág. 35. Também JOANA VASCONCELOS, “Cessação do contrato de agência e indemnização de clientela – algumas questões suscitadas pela jurisprudência relativa ao DL nº 178/86”, in *Direito e Justiça*, vol. XVI, tomo I, págs. 243 e segs., entende que a indemnização de clientela se apresenta “como uma figura bem mais próxima da retribuição do agente ou do enriquecimento sem causa, do que da responsabilidade civil”, para depois afirmar que a mesma “se dirige justamente a retribuir, se e na medida em que tal se revele justificado, a actividade desenvolvida pelo agente cujos frutos vão reverter para o principal”.

³²⁶ Neste sentido vide o Ac. RC de 12/01/1999, Proc. nº 1114/98 (Relatora: Desembargadora Maria Regina Rosa), in *CJ*, Ano XXIV, tomo I, págs. 5 e segs.. MARIA HELENA BRITO, *Contrato de Concessão Comercial*, cit., págs. 100 fala na transformação, operada pela cessação do contrato, do originário direito à comissão “em direito a uma compensação, que tem em conta as retribuições esperadas pelo agente se o contrato não fosse interrompido”.

³²⁷ MARTÍNEZ SANZ, “En torno a las consecuencias patrimoniales de la extinción del contrato de distribución comercial (A propósito de la STS [Sala 1ª] de 27 de Mayo de 1993)”, in *Cuadernos de Derecho y Comercio*, cit., págs. 227, considera que a indemnização de clientela tem por finalidade “liquidar adequadamente” a situação de “activo comum” que constitui a clientela angariada na vigência do contrato. ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos en las relaciones internas*, McGraw-Hill, Madrid, 1995, pág. 543, referindo-se embora à tese do enriquecimento sem causa, fala de uma “compensação liquidatória”. MÓNICA DUQUE, *Da indemnização de clientela no contrato de agência*, Dissertação de mestrado não publicada, Coimbra, 1997, pág.

As críticas a esta tese advêm principalmente da dificuldade que para ela representa a circunstância de o direito do agente à indemnização de clientela ser negado quando o contrato cesse por razões imputáveis ao agente.³²⁸

Essa crítica tem sido, porém, combatida por alguma da doutrina fiel à tese da retribuição diferida, com base no argumento de que à indemnização de clientela não deve ser atribuída uma natureza meramente retributiva, mas antes uma “natureza mista”, a qual integre igualmente a equidade³²⁹.

Como também assinala MARTÍNEZ SANZ³³⁰, ao referir-se à indemnização de clientela, “não pode esquecer-se que não se trata de uma figura compensatória ‘pura’”, na medida em que por um lado se estabelece limite ao montante máximo atribuível a esse título, independentemente do facto de tal restrição eventualmente implicar a não compensação integral a que o agente teria direito pela actividade desenvolvida e, por outro lado, a consideração da equidade assume-se como elemento fortemente moderador da respectiva atribuição.

Não obstante vejamos a indemnização de clientela não como a contrapartida da perda do direito à comissão por parte do agente, mas antes como uma compensação destinada a remunerar o incremento da clientela e/ou do volume de negócios que a actividade do agente proporcionou ao principal e do qual este vai continuar a beneficiar após a cessação do contrato³³¹, o carácter retributivo dessa compensação faz com que nos pareça ser de sufragar esta última tese.

204, refere que a indemnização de clientela pode ser vista como uma obrigação “enxertada” no próprio contrato, cuja finalidade consiste na necessidade de proteger a parte económica e socialmente mais fraca, negando, ao mesmo tempo, que sejam razões de restabelecimento do equilíbrio contratual que esta compensação vise acautelar, equilíbrio que “é à partida inexistente”. Com todo o respeito, não é essa a nossa opinião, dado que entendemos que a consagração legal daquela obrigação tem precisamente em vista garantir o equilíbrio das prestações das partes.

³²⁸ LUÍS MENEZES LEITÃO, *A indemnização de clientela no contrato de agência*, cit., pág. 97, considera que a indemnização de clientela não visa compensar o agente pela sua actuação, mas antes “por uma perda de oportunidades de rendimento”.

³²⁹ Vide PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 156.

³³⁰ MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por clientela en los contratos de agencia y concesión*, cit., pág. 254.

³³¹ Ou, como se diz no Ac. STJ de 15/11/2007, Proc. 07B3933 (Relator: Conselheiro Salvador da Costa), disponível em <http://www.dgsi.pt/>, “Dir-se-á que o direito à indemnização de clientela se traduz na remoção de um ganho obtido pelo principal por virtude do incremento de clientela proporcionado pelo agente, e que a este se destinava, a título remuneratório, na vigência do contrato”; e, no Ac. STJ de 07/03/2006, Proc. 27/06 (Relator: Conselheiro Alves Velho), in *CJ*, 189, 2006, I, pág. 108, onde se afirma que a indemnização de clientela “surge (...) como uma “retribuição diferida”, destinada a repor o equilíbrio contratual interrompido” com a cessação do contrato.

Por outro lado, não sendo, como vimos, aceitável considerar o instituto do enriquecimento sem causa fundamento da indemnização de clientela, não deixa de ser verdade que, nas situações em que se verifica o preenchimento dos pressupostos tendentes à atribuição daquela compensação, é quase natural vislumbramos nelas a impressão de uma pouco equitativa distribuição dos bens proporcionada pelo contrato, com o enriquecimento “injusto”, porque sem contrapartida, de um dos contraentes, à qual aquela indemnização visa pôr fim. Efectivamente, a circunstância de existir causa que fundamente essa vantagem de uma das partes não afasta aquela sensação de que se trata de uma atribuição patrimonial injusta. Por isso se afirmou já “que o recurso ao enriquecimento sem causa [para fundamentar a indemnização de clientela] é sempre uma tentação”³³².

³³² PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 158. Aliás, o Autor considera mesmo não haver “uma contradição insanável entre as posições que recorrem ao instituto do enriquecimento sem causa e aquelas que vêem na indemnização de clientela uma retribuição por serviços prestados pelo agente, serviços esses que só avultam no momento da cessação do contrato”, uma vez que não sendo essa retribuição operada através da indemnização de clientela, verificar-se-ia aquilo que essa compensação visa evitar, ou seja, “um enriquecimento injusto do principal” (“Anotação ao Acórdão do STJ de 27/06/1995”, in *RLJ*, cit., págs. 154 e segs.).

III - A EXTENSÃO ANALÓGICA DA INDEMNIZAÇÃO DE CLIENTELA AO CONTRATO DE FRANQUIA

Concluído o estudo do contrato de franquia e da figura da indemnização de clientela, é agora altura de procedermos à análise da possibilidade de atribuição ao franquiado, por aplicação analógica do art. 33º do Dec.-Lei nº 178/86, do direito à indemnização de clientela nele previsto para o agente.

Trata-se, como é unanimemente reconhecido, de uma das questões mais debatidas no âmbito do contrato de franquia. Por isso mesmo, procuraremos enquadrar as nossas ideias sobre o tema fazendo apelo, principalmente, às diversas posições da doutrina e da jurisprudência nacionais, sem prejuízo de, sempre que entendamos justificar-se, convocarmos as congêneres estrangeiras.

1. No direito comparado

E será mesmo por estas que iniciaremos a exposição, dando uma ideia geral, ainda que perfunctória, das tendências verificadas nos países nos quais mais intenso tem sido o estudo da questão.

Assim, na Alemanha, tanto a doutrina como, principalmente, a jurisprudência têm, de um modo geral, manifestado uma tendência muito favorável à admissão da atribuição, por via da extensão analógica ao concessionário e, também, ao franquiado³³³, da indemnização de clientela prevista para o agente no § 89 b do HGB.

³³³ MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por clientela em los contratos de agencia y concesión*, cit., pág. 311. Não obstante o Autor se refira ao contrato de concessão comercial, a constatação é igualmente válida para o contrato de franquia. CLAUS-WILHELM CANARIS, *Handelsrecht*, 22ª edição, München, 1995, págs. 291, afirma poder falar-se numa similitude de função entre os contratos de agência e de franquia, sendo essa semelhança de funções desempenhadas pelo agente e pelo franquiado que constitui a razão que se considera decisiva para a extensão analógica. Já MICHAEL MARTINEK, *Moderne Vertragstypen*, vol. II, *Franchising, Know-How-Verträge, Management-und Consultingverträge*, cit., págs. 155 e segs., salienta que as específicas características do contrato de franquia (principalmente o maior grau de integração do franquiado na organização comercial da contraparte), conduzem a que nele estejam “hiper-satisfeitos” os pressupostos da analogia, circunstância que justifica *a fortiori* a extensão analógica ao franquiado da compensação prevista para o agente. Por seu lado MANFRED STRAUCH, “Les dispositions juridiques applicables au contrat de franchise”, in *Revue de Droit des Affaires Internationales*, nº 5, 1986, pág. 606, apud MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza Jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 265, nota 746, prevê a probabilidade da aplicação analógica, pela jurisprudência, da norma que atribui a indemnização de clientela ao contrato de franquia, uma vez que, como refere, “a situação em que as partes deste contrato se encontram pode ser praticamente idêntica à do concessionário”, sendo verdade que, quanto a este último, tem sido admitida a

Os pressupostos dessa extensão analógica, decantados pela jurisprudência³³⁴, consistem actualmente por um lado na necessidade de que a vinculação entre concessionário/concedente e franquiador/franquiado vá para além da mera relação comprador-vendedor, alcançando um grau de integração do primeiro na organização do segundo que se assemelhe ao que sucede com agente e principal e, por outro lado, que o primeiro esteja vinculado à transferência da clientela para a contraparte. Sendo que, relativamente ao último dos requisitos indicados, passou a aceitar-se a sua verificação desde que ao concedente (ou o franquiador) seja permitido, durante a execução do contrato, o acesso aos dados relativos à clientela do concessionário (ou do franquiado), em resultado do cumprimento por este(s) de deveres contratuais com esse alcance, de tal modo que a clientela fique acessível àquele(es) quando vier a ser extinto o contrato³³⁵.

Por seu lado, a posição tradicional da doutrina italiana tem seguido no sentido desfavorável à extensão analógica da indemnização de clientela quer ao concedente quer, principalmente, ao franquiado. Relativamente a este último, argumenta-se que uma vez que o franquiado é geralmente inserido numa organização previamente estabelecida, é muito improvável que ele possa demonstrar que, com sua actividade, gerou um ulterior aumento da clientela³³⁶.

A confirmar essa tendência de sentido negativo está certamente o facto de o contrato de franquia ter, recentemente, passado a ser regulado pela Lei 129/2004, sem que no regime ali

atribuição dessa indemnização, com este fundamento. Vide, ainda, PATRICK GIESLER, “Die Rückabwicklung gescheiterter Franchiseverhältnisse”, in *Zeitschrift für Wirtschafts- und Bankrecht*, nº 31, Agosto 2001, Wertpapier-Mitteilungen, pág. 1443.

³³⁴ O trabalho da jurisprudência foi, de resto, importante no reconhecimento ao franquiado da indemnização de clientela, ignorando os tribunais as vozes críticas a propósito da questão. MICHAEL MARTINEK, *Moderne Vertragstypen*, vol. II, *Franchising, Know-How-Verträge, Management- und Consultingverträge*, cit., págs. 151 e segs., chega, por isso, a referir que parece que se impôs uma “jurisprudência a favor da extensão analógica”.

³³⁵ Vide, neste sentido, MARTÍNEZ SANZ, “En torno a las consecuencias patrimoniales de la extinción del contrato de distribución comercial (A propósito de la STS [Sala 1ª] de 27 de Mayo de 1993)”, in *Cuadernos de Derecho y Comercio*, cit., págs. 229 e segs.

³³⁶ Vide ROBERTO BALDI, *Il Contratto di Agenzia, La Concessione di Vendita, Il Franchising*, cit., pág. 190. O Autor, que chega a apelar de “motivo de perplexidade no contrato de franquia” a circunstância de o franquiado contribuir para o incremento da clientela, admite, no entanto, a possibilidade de essa hipótese se verificar, embora raramente. GIUSEPPE FAUCEGLIA, *Il Franchising: Profili Sistemati e Contrattuali*, cit., págs. 148, considera que a diferença estrutural entre os contratos de agência e de franquia – e que assenta fundamentalmente no facto de o franquiado actuar sempre em nome e por conta própria, retirando a respectiva retribuição, a exemplo do que sucede com qualquer outro empresário, da revenda ou fabricação de bens ou da prestação de serviço cuja titularidade jurídica adquire – é insuperável.

estabelecido tivesse sido prevista a atribuição ao franquiado de uma indemnização de clientela³³⁷.

Em Espanha, a doutrina divide-se entre as teses que defendem a exclusão absoluta da aplicação analógica do regime da agência ao franquiado e aquelas que a admitem, algumas até com uma certa largueza³³⁸.

Quanto à jurisprudência, verificou-se, na última década, uma clara tendência para inverter o sentido das decisões pronunciadas anteriormente, que maioritariamente aplicaram as normas previstas na Lei do Contrato de Agência³³⁹.

2. No direito nacional

No que respeita à realidade nacional, cabe referir que ao estabelecer o regime jurídico do contrato de agência, o legislador deu desde logo conta – através da consagração no preâmbulo do respectivo diploma instituidor – do entendimento, que se vinha manifestando no direito comparado, da necessidade de aplicação ao contrato de concessão, por analogia “quando e na medida em que ela se verifique”, das normas previstas naquele regime, em especial as relativas à cessação do contrato.

³³⁷ Texto disponível em <http://gazzette.comune.jesi.an.it/2004/120/1.htm>

³³⁸ JAVIER FONTCUBERTA LLANES, *El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela*, Esade Alumni, Marcial Pons, Madrid, 2009, pág. 281, defende que a compensação por clientela “debe ser rechazada ... em todo caso”. ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos em las relaciones internas*, cit., pág. 545, salienta que as “profundas diferenças existentes entre o contrato de agência e a franquia, não aconselham em definitivo, uma irreflectida aplicação do direito da agência aos sistemas de franquia”, pelo que a extensão analógica está longe de ser automática e requererá uma transposição dos critérios às respectivas funções contratuais. No mesmo sentido vide AURORA HERNANDO GIMÉNEZ, *El Contrato de Franquicia de Empresa*, cit., pág. 481. Para CATALINA RUIZ-RICO RUIZ, *Contrato de Franquicia y sus Limites Jurídicos, Problemática Actual*, cit., pág. 287, se o direito à indemnização de clientela se afirma legalmente nos casos de actuação empresarial em nome ou por conta alheia (como sucede na agência), parece lógico admiti-lo na franquia, pela maior independência do franquiado, que actua em nome próprio. ENRIQUE GUARDIOLA SACARRERA, *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, cit., pág. 265, entende que as justificações a favor do reconhecimento ao concessionário da indemnização de clientela adquirem maior significado quando se trata da franquia, tendo em conta a superior intensidade das circunstâncias que podem decorrer da extinção do contrato (o superior investimento, a fidelidade da clientela aos sinais distintivos e o consequente maior risco da perda desta pelo franquiado e a questão do stock remanescente). Salientando que, para a eventual extensão analógica da indemnização de clientela ao franquiado, a questão da propriedade da clientela perde interesse relativamente à situação que ocorre no momento da extinção do contrato, esta sim relevante para aquele efeito, GALLEGU SÁNCHEZ, *La Franquicia*, cit., pág. 115, também comunga da opinião que reconhece ao franquiado o direito à indemnização de clientela. Vide ainda, no mesmo sentido, LLUÍS CARDELÚS, *El Contrato de Franchising*, PPU, Barcelona, 1988, pág. 121.

³³⁹ JAVIER FONTCUBERTA LLANES, *El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela*, cit., pág. 32.

Abertura que foi de imediato estendida ao contrato de franquia, não obstante se tenha desde logo reconhecido, quanto a ele, a existência de acrescidas dificuldades na aplicação analógica das normas relativas à indemnização de clientela³⁴⁰.

As posições sobre a questão têm-se, desde então, dividido entre a exclusão pura e simples daquela aplicação e a sua admissão em situações concretas muito restritas, sendo, contudo, possível verificar uma certa tendência para uma maior abertura a esta última posição.

Assim, MENEZES CORDEIRO, que começou por defender a exclusão, em absoluto, da aplicação analógica, afirmando que “a clientela é angariada através da marca para o franquiado; as vantagens e desvantagens que tudo isso acarreta fazem parte dos riscos próprios do negócio que as partes livremente assumiram e que a boa fé manda honrar”³⁴¹, vem posteriormente considerar que “dependendo embora do tipo de franquia, haverá que procurar, no campo da agência, regras aplicáveis, directamente ou por analogia. Algumas dessas regras servirão para suprir a regulação contratual; outras, porém, são injuntivas. Entre estas últimas, contam-se as relativas à cessação do contrato e, particularmente, as que fixam pré-avisos e a indemnização de clientela. Trata-se da orientação mais correcta, ainda que dependendo sempre de um juízo concreto”³⁴².

Também PINTO MONTEIRO, que embora não tenha posto de parte, desde o início, a possibilidade daquela eventual aplicação, reconhecendo, contudo, que “em princípio, a actividade típica [do concessionário e do franquiado], por si só, não é susceptível de justificar, por analogia, uma indemnização [de clientela], sobretudo tratando-se de um franquiado. É que, numa palavra, este beneficia de uma clientela já pré-constituída e os factores de atracção da nova clientela pertencem, no essencial, ao franquiador: designadamente o nome, a marca, o know-how ...”³⁴³, mostra, mais tarde, uma maior abertura à possibilidade de o franquiado, com a sua actividade, representar um factor de atracção de clientela equiparável ao agente.³⁴⁴

Do lado de quem põe de parte a possibilidade da aplicação analógica argumenta-se que são elementos de criação da clientela ou do incremento do volume de negócios que

³⁴⁰ PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência, Anotação ao Dec.-Lei nº 178/86, de 3 de Julho*, cit., pág. 137; “Contratos de agência, de concessão e de franquia (“franchising”)”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, cit., pág. 26 e 27.

³⁴¹ *Do Contrato de franquia (franchising). Autonomia privada versus tipicidade negocial*, cit., pág. 83

³⁴² *Manual de Direito Comercial*, I vol., Almedina, Coimbra, 2001, pág. 520.

³⁴³ “Contratos de agência, de concessão e de franquia (“franchising”)”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, cit., pág. 27.

³⁴⁴ *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., págs. 163 e segs.

eventualmente se verifique no âmbito do contrato de franquia não a actividade do franquiado mas antes a utilização, pelo mesmo, dos sinais distintivos e do saber-fazer que lhe são transmitidos pelo franqueador, bem como à assistência técnica que este regularmente lhe dispensa, ao contrário do que sucede no caso do contrato de agência, em que o desenvolvimento daquele incremento resulta quase unicamente das capacidades pessoais e profissionais do agente.³⁴⁵

É este o entendimento de MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, Autora que considera inadmissível, de plano, qualquer pretensão do franquiado relativamente à clientela com base na aplicação analógica das normas reguladoras da atribuição da indemnização de clientela ao agente, embora não apenas com base no argumento atrás referido, mas também na falta de identidade dos interesses subjacentes aos contratos em causa.³⁴⁶

Sustenta-se assim que o franquiado, integrado numa rede de distribuição devidamente organizada, exerce uma actividade que, na maior parte dos casos, se resume à utilização, sob apertado controlo, daqueles factores de atracção que lhe são proporcionados pelo franquiador, de tal modo que, aos olhos do público, o estabelecimento que explora surge, por norma, como que uma filial do franquiador.

E que, portanto, não interferindo o franquiado, com a sua acção, na criação ou desenvolvimento de qualquer clientela, não haverá lugar à dita indemnização.

Há também quem, não obstante não comungue da tese de que a angariação da clientela se opera exclusivamente através da marca, entenda que a clara diferença existente entre os contratos de agência e de franquia, relativamente à respectiva natureza jurídica, impede a aplicação analógica das normas que atribuem ao agente o direito à indemnização de clientela³⁴⁷.

³⁴⁵ Como já atrás se referiu, começou por ser este o sentido pugnado por MENEZES CORDEIRO, “Do contrato de franquia (“franchising”): autonomia privada versus tipicidade negocial”, in *ROA*, cit., pág. 83, vindo, entretanto, a adoptar uma orientação, que considerou “mais correcta”, segundo a qual são de aplicação obrigatória ao contrato de franquia (embora dependendo do tipo de franquia) as regras respeitantes à cessação e indemnização de clientela no contrato de agência (*Manual de Direito Comercial*, I vol., Livraria Almedina, Coimbra, 2001, pág. 520. ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos en las relaciones internas*, cit., pág. 545, considera que as “profundas diferenças” que existem entre os contratos de agência e de franquia “não aconselham, em definitivo, uma irreflectida aplicação” das normas reguladoras do primeiro ao sistema da franquia.

³⁴⁶ “O contrato de Franquia (Franchising”, in *Direito e Justiça*, vol. XIX, tomo I, FDUCEP, 2005, pág. 91 e segs..

³⁴⁷ ANA PAULA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) – No Direito Interno e no Direito Internacional*, cit., pág. 66.

A opinião que nos parece maioritária, dando concretização, afinal, à tendência à qual atrás se fez menção, é de sentido favorável à extensão daquela compensação ao franquiado, embora seja afastada pela quase generalidade dos Autores a possibilidade da sua aplicação de plano.

Os argumentos esgrimidos pelos defensores desta corrente consistem na aceitação de que, não obstante seja reconhecido o papel essencial dos sinais distintivos na atracção da clientela e, por via disso, se torne muito difícil justificar a atribuição ao franquiado da indemnização prevista no art. 33º do Dec.-Lei 178/86 para o agente³⁴⁸, não é de afastar liminarmente tal possibilidade, antes devendo proceder-se a uma apreciação casuística, no sentido de verificar se, no caso concreto, o franquiado, “designadamente pelos serviços que prest[ou], tarefas que cumpri[u] e funções que exerce[u]”, pode ser “considerado como relevante factor de atracção d[e] clientela (ainda que não o único)³⁴⁹” à qual o franquizador tenha efectivo acesso após o termo do contrato.³⁵⁰

No que respeita à jurisprudência, praticamente não encontramos decisões que abordem a questão da atribuição da indemnização de clientela ao franquiado. O que se verifica é que

³⁴⁸ PINTO MONTEIRO, “Contratos de agência, de concessão e de franquia (“franchising”)”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, cit., pág. 27.

³⁴⁹ COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade (As Empresas no Direito)*, Livraria Almedina, Coimbra, 1996, págs. 65 e segs., não obstante aceite que “a clientela pode ser essencialmente atraída pelos bens proporcionados pelo franquizador (um nome, uma marca, etc.)”, salienta a possibilidade de que “outros factores – como a localização do estabelecimento (sobretudo no franchising de distribuição e de serviços) e as qualidades pessoais e profissionais (incluindo – porque não? – um certo saber-fazer próprio) do comerciante – sejam de grande importância”. Acrescentando que “é o franquiado que, às suas custas, ergue ou cria o conjunto organizado de meios ... e o põe a funcionar, assim possibilitando o surgimento de efectiva clientela (‘própria’ do novo estabelecimento)”.

³⁵⁰ PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 165 e segs.. LUÍS MENEZES LEITÃO, *A indemnização de clientela no contrato de agência*, cit., pág. 89, pronuncia-se igualmente contra a atribuição, de plano, de uma indemnização de clientela ao franquiado. Admite, contudo, justificar-se aquela atribuição, mas “apenas em certos casos de franquia de distribuição de produtos, em que o franquiado é obrigado a adquirir os produtos ao franquizador, e pode conquistar para eles uma clientela própria” e “desde que se verifique a aquisição d[ess]a clientela pelo franquizador”. PESTANA DE VASCONCELOS, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, cit., pág. 95, defende igualmente a atribuição desta compensação ao franquiado, quando este, através do papel essencial “que pode desempenhar nas franquias de serviços e nas franquias de distribuição que abranjam a prestação de serviços pós-venda”, crie “uma clientela ligada à sua pessoa e/ou aos seus serviços – a clientela subjectiva”, à qual fique impedido de aceder por força de cláusula contratual de não concorrência. Para ISABEL ALEXANDRE, “O Contrato de Franquia (Franchising)”, in *O Direito*, cit., pág. 369, a “solução mais correcta” passa pela aplicação ao franquiado do disposto no art. 33º do decreto-lei que regula o contrato de agência, uma vez que a atipicidade do contrato de franquia reclama a regulação do mesmo pelas normas dos contratos em geral e também pelas que, não sendo excepcionais, vigoram para os contratos relativamente aos quais este “apresente mais forte analogia”. ELSA VAZ DE SEQUEIRA, “Contrato de franquia e indemnização de clientela”, in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Brito de Almeida Costa*, cit., págs. 482 e segs., defende também a aplicação analógica das normas contidas nos arts. 33º e 34º do Dec.-Lei nº 178/86 ao franquiado, com base na nas semelhanças, que vislumbra, entre os contratos de agência e de franquia.

sendo, em regra, pacificamente aceite, relativamente ao contrato de concessão³⁵¹, a aplicação analógica das normas que prevêm a respectiva atribuição no contrato de agência, outrotanto não sucede quanto ao contrato de franquia, sendo certo que apenas encontramos uma decisão na qual se trata a questão e, mesmo aí, se conclui pela não procedência do pedido³⁵².

3. A susceptibilidade de aplicação analógica das normas atributivas da indemnização de clientela

3.1. O carácter não excepcional da norma a aplicar

O recurso à analogia pressupõe a existência de uma lacuna na lei, ou seja, de que uma concreta situação não está abrangida nem pela letra nem pelo espírito da lei.

Dando como assente que a ‘ratio’ da indemnização de clientela pode abranger o contrato de franquia, na medida em que não é de afastar em absoluto a possibilidade de, em determinadas situações, designadamente no momento da extinção do contrato, serem idênticas as posições relativas entre principal e agente e franquizador e franquiado, poderá concluir-se, então, pela existência de uma lacuna.

A aplicação, por analogia, ao contrato de franquia das regras sobre a indemnização de clientela previstas para o contrato de agência coloca desde logo dois tipos de questões: a de apurar se aquelas normas têm carácter excepcional, circunstância em que a aplicação analógica está afastada pela lei³⁵³; e a de averiguar, através da análise comparativa dos dois contratos, das semelhanças entre as realidades que em ambos se colocam no momento da cessação do contrato, em termos de se poder afirmar que existe uma “identidade de razão”.

³⁵¹ Vide, entre muitos outros, os Acs. RL de 23/09/2003, Proc. 5114/03 (Relator: Desembargador Tomé Gomes), in *CJ*, 2003, Ano XVIII, tomo IV, pág. 57 e segs, de 08/07/2004, Proc. 4409/2004 (Relator: Desembargador Pimentel Marcos), de 29/03/2007, Proc. 2985/06-6 (Relator: Desembargador Aguiar Pereira) e de 14/02/2006, Proc. 10878/2005 (Relator: Desembargador Pimentel Marcos), da RC de 10/01/2006, Proc. 2659/05 (Relator: Desembargador Nunes Ribeiro) e do STJ de 22/09/2005, Proc. 05B1894 (Relator: Conselheiro Ferreira Girão), de 23/11/2006, Proc.06B2085 (Relator: Conselheiro Bettencourt de Faria), de 13/09/2007, Proc.07B1958 (Relator: Conselheiro Alberto Sobrinho), de 15/11/2007, Proc.07B3933 (Relator: Conselheiro Salvador da Costa), de 05/03/2009, Proc.09B0297 (Relator: Conselheiro Alberto Sobrinho), e de 10/12/2009, Proc. 763/05.7TVLSB.S1 (Relator: Conselheiro Hélder Roque), todos disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>

³⁵² Cfr. Ac. STJ de 09/01/2007, Proc. 06A4416 (Relator: Conselheiro Sebastião Póvoas), disponível em <http://www.dgsi.pt/>

³⁵³ O art. 11º do Código Civil preceitua que as normas excepcionais não comportam aplicação analógica. Em sentido contrário, defendendo que “o fundamento normativo da analogia não se suspende perante as normas excepcionais e uma solução contrária [...] seria *inclusive*, não só absurda, como mesmo *contra legem*”, vide CASTANHEIRA NEVES, *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, Studia Iuridica, Coimbra Editora, Coimbra, 1993, págs. 273 e segs.

Normas excepcionais são aquelas que, regulando um sector determinado de relações com uma configuração especial, consagram para o efeito uma disciplina oposta à que vigora para o comum das relações do mesmo tipo, fundadas em razões especiais, privativas daquele sector de relações³⁵⁴.

Como refere RUI PINTO DUARTE, a aplicação analógica da figura da indemnização de clientela a contratos diferentes daquele para o qual a lei a estabelece “é tanto mais sustentável quanto mais se aproxime a sua natureza da figura do enriquecimento sem causa e mais se a afaste da da responsabilidade civil”³⁵⁵.

Ora, mesmo que se entenda que a natureza da indemnização de clientela não se identifica completamente com a figura do enriquecimento sem causa, tal como ele é regulado no art. 473º e segs. do Código Civil, não pode deixar de se aceitar que a apropriação, pelo principal, no final do contrato, sem qualquer contrapartida, da eventual mais-valia criada pelo agente durante a respectiva execução, configura um enriquecimento injusto do primeiro. Sendo esta uma situação que grande parte da doutrina considera abrangida pelo enriquecimento injustificado, entendido este não como a figura a que atrás se fez referência, mas antes como um princípio geral do direito³⁵⁶, será de concluir pelo carácter não excepcional das normas sobre aquela indemnização previstas na lei para o contrato de agência.

É, por outro lado, o próprio legislador que, no preâmbulo do Dec.-Lei nº 178/86, prevê a possibilidade de o regime da agência, sobretudo em matéria de cessação do contrato, ser analogicamente aplicado a outros contratos, nomeadamente ao de concessão comercial, o qual, como vimos já, comunga de grande parte das características da franquia.

3.2. A “*identidade de razão*”

Segue-se, agora, apurar, comparando as situações que em ambos os contratos se colocam no momento da respectiva cessação, da existência de semelhança entre elas, justificativa de um mesmo tratamento jurídico.

³⁵⁴ PIRES DE LIMA e ANTUNES VARELA, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 1º vol., 6ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1973, pág. 76.

³⁵⁵ “A jurisprudência portuguesa sobre a aplicação da indemnização de clientela ao contrato de concessão comercial – Algumas observações”, in *Themis*, Ano II, nº 3, Livraria Almedina, Coimbra, 2001, pág. 319.

³⁵⁶ PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 159 e segs.

Entre os contratos de agência e de franquia é possível vislumbrar alguns traços de semelhança relativamente a determinados aspectos, o que encontra explicação na circunstância, já anteriormente referida, de o contrato de franquia corresponder a uma etapa da evolução dos chamados “contratos de distribuição”, categoria na qual é habitualmente integrado o contrato de agência.

Assim, para além das afinidades ao nível da respectiva estrutura (são ambos contratos onerosos) e natureza jurídica (qualquer deles é um contrato comercial), quer o agente quer o franquiado promovem, em resultado da sua actividade, os produtos e a marca e outros sinais distintivos das respectivas contrapartes. Aliás, relativamente a qualquer dos contratos em causa vimos, oportunamente, que se caracterizam pelo estabelecimento de uma relação estável e duradoura, que exige de ambos os contraentes uma estreita colaboração no decorrer da respectiva execução, assim como a obrigação de obediência, por parte de um deles, às directrizes e instruções do outro.

Além disso, pode dizer-se que é comum aos contratos em causa a existência da obrigação de uma das partes zelar pelos interesses da outra. Assim como comum será a sujeição de ambos os distribuidores ao controlo exercido pelo dono do negócio, muito embora ele revista bastante menor intensidade no caso da agência.³⁵⁷

Mas é fundamentalmente pela integração do franquiado na rede de distribuição do franquiador, com todas as consequências daí decorrentes em termos de colaboração entre as partes e de promoção dos produtos deste último, que é possível descortinar uma aproximação entre os contratos de franquia e de agência, em termos de justificar a aplicação ao primeiro deles o regime prevista para o último.³⁵⁸

³⁵⁷ PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 66 e segs.; ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos en las relaciones internas*, cit., pág. 546 e segs.. JAVIER FONTCUBERTA LLANES, *El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela*, cit., pág. 237 e segs..

³⁵⁸ Neste sentido, vide PINTO MONTEIRO, “Denúncia de um contrato de concessão comercial - anotação ao Acórdão do STJ de 27/06/1995”, in *RLJ*, cit., pág. 157, nota 94 e ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos en las relaciones internas*, cit., págs.. 546, para quem não é difícil sustentar que o franquiado se encontra fortemente integrado na organização económica comercial do franquiador em termos semelhantes ao agente, compartilhando com ele o dever de promoção empresarial e dedicação ao sistema, que no caso de ser requisito para a extensão analógica, está inequivocamente presente no contrato de franquia, no qual a integração de funções empresariais é direccionada à promoção do fundo comum do sistema de franquia. Vide também, do mesmo Autor, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., págs. 163, nota 307, onde se explica a circunstância de a maior integração do franquiado na organização do franquiador facilitar a “manutenção” da clientela eventualmente angariada pelo primeiro na disponibilidade deste último, sendo também a situação em que a posição do franquiado mais se aproximará do agente.

É também por essa razão que a circunstância de o franquiado exercer a sua actividade por conta e em nome próprio, ao contrário do que sucede com o agente, não representa um obstáculo à extensão analógica, pois a verificar-se a transferência de valor de clientela fundamentadora da atribuição da indemnização, essa compensação a favor do franquiado justificar-se-á por uma razão acrescida, já que ele goza de um melhor título para o desfrute do activo comum que se desfaz com a cessação do contrato.³⁵⁹

E se a indemnização de clientela, visa, como já se referiu, compensar o agente pelos benefícios que o principal continua a poder auferir com a clientela por ele angariada ou desenvolvida, repartindo entre o franquizador e o franquiado os benefícios que se projectam após a cessação do contrato em consequência da actividade desenvolvida por este último, nas situações em que ao franquiado seja reconhecido ter contribuído com a sua actividade para a criação de clientela ou o aumento substancial do volume de negócios do franquizador, a sua situação no momento da cessação do contrato, com a perda, não retribuída, dessa mais-valia criada em favor da contraparte, será passível de se assemelhar à do agente.

Pelo que é possível admitir - ou, pelo menos, não será de afastar liminar e absolutamente³⁶⁰ - o reconhecimento ao franquiado do direito à indemnização de clientela, sempre que as circunstâncias do caso concreto sejam de molde a preencher os requisitos previstos na lei para a sua atribuição ao agente.

Não nos parece, portanto, na linha do que defende a grande maioria da doutrina³⁶¹, que seja possível afirmar a aplicação, de plano, do regime previsto para a cessação do contrato de agência ao contrato de franquia.

³⁵⁹ ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos em las relaciones internas*, cit., págs.. 545 e segs.

³⁶⁰ MARTÍNEZ SANZ, “En torno a las consecuencias patrimoniales de la extinción del contrato de distribución comercial (A propósito de la STS [Sala 1ª] de 27 de Mayo de 1993), in *Cuadernos de Derecho y Comercio*, cit., págs. 232; AURORA HERNANDO GIMÉNEZ, *El Contrato de Franquicia de Empresa*, cit., pág. 460, nota 163.

³⁶¹ PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., pág. 165 e segs.; PESTANA DE VASCONCELOS, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, cit., pág. 95; ISABEL ALEXANDRE, “O Contrato de Franquia (Franchising)”, in *O Direito*, cit., pág. 369; LUÍS MENEZES LEITÃO, *A indemnização de clientela no contrato de agência*, cit., pág. 89.

4. A verificação dos requisitos de atribuição no contrato de franquia

Analisemos, então, a possibilidade de preenchimento, relativamente ao contrato de franquia, dos pressupostos de cuja verificação a lei faz depender a atribuição ao agente da indemnização de clientela.

Requisitos esses que, vimo-lo já, consistem na criação de clientela ou no incremento substancial do volume de negócios do principal, gerados pelo agente; na possibilidade de o principal vir a beneficiar consideravelmente, após a cessação do contrato, dessa “mais-valia”; e na circunstância de o agente deixar de receber qualquer retribuição por contratos negociados ou concluídos, após a cessação do contrato, com clientela por si angariada ou desenvolvida.

4.1. A criação de clientela ou o incremento substancial do volume de negócios do franquizador como resultado da actuação do franquiado

Relativamente ao primeiro dos pressupostos indicados, começar-se-á por dizer que no exercício da respectiva actividade o agente recorre a um conjunto de atributos, principalmente relacionados com a sua pessoa, como sejam a capacidade de trabalho, o empenho e outras características próprias, tais como o conhecimento do mercado e o prestígio pessoal e profissional que nele detenha, para convencer os clientes a negociarem com o principal. Ou seja, o agente, enquanto factor de desbravamento de mercados, “é um produtor de clientela e de negócios”, que recebe do principal mandatos e indicações, mas tem mão livre, dispõe livremente do seu tempo e modo de trabalho, deve contas ao principal mas não está sujeito à sua permanente inspecção e controle.³⁶²

Ora, no contrato de franquia não é isso que se passa. Aqui o exercício da actividade do franquiado está fortemente condicionado pelo franquizador. Não apenas por lhe ser contratualmente imposto o uso dos sinais distintivos e do saber-fazer deste último, como também e principalmente porque o apertado controlo que o mesmo exerce sobre a sua actividade limitam decisivamente a acção inovadora³⁶³ e criativa do franquiado³⁶⁴.

³⁶² VAZ SERRA, “Anotação ao Acórdão do STJ de 07/03/1969”, in *RLJ*, ano 1970, nº 3420, pág. 226. Vide, em sentido idêntico, PINTO MONTEIRO, “Contratos de agência, de concessão e de franquia (“franchising”)”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Separata do número especial do BFDUC, Coimbra, 1989, pág. 6 e segs, sobretudo 11.

³⁶³ A inovação, na franquia, é uma tarefa quase essencialmente atribuída ao franquizador. Na verdade, isso sucede por razões de vária ordem: não apenas de execução, por ser ele quem melhor conhece o conceito de negócio que desenvolveu e em que se traduz a franquia, como de praticabilidade, uma vez que facilita a disseminação e

De facto, a circunstância de o franquiado passar a integrar uma rede de distribuição que se deve caracterizar pela uniformidade de procedimentos, de qualidade dos produtos, de apresentação, etc., de acordo com o modelo imposto pelo franquizador, faz com que fique quase nada disponível para que possam manifestar-se as suas qualidades pessoais ou profissionais.

A franquia baseia-se, como já se viu, num conceito de uniformidade de imagem, que cria no consumidor a sensação de que qualquer dos estabelecimentos de comercialização dos bens ou serviços que formam a rede lhe oferecerá a mesma qualidade e serviço, pelo que a sua satisfação relativamente a um desses estabelecimentos conduzirá a que não tema acorrer a qualquer dos restantes estabelecimentos da rede. Por isso, se se verificar que existe diferença, em termos qualitativos, entre os produtos ou serviços comercializados pelos vários franquiados que integram a rede, isso significa que a finalidade da franquia não está a ser cumprida, pois de contrário a qualidade seria idêntica em todos os estabelecimentos que a integram. Ou seja, para que funcione a franquia terá que se verificar uniformidade na reiteração do modelo de sucesso em toda a rede. Então a capacidade que se exige ao franquiado é aquela que for necessária para proceder a tal repetição. Sempre que exorbite dessa função, ele poderá estar a colocar em causa os interesses da rede de franquia.

Na franquia interessa, pois, que o franquiado aja de acordo com as necessidades ditadas pelas específicas características deste modelo empresarial. Assim, é-lhe exigido que, na comercialização dos produtos e serviços, paute a sua actividade pelos mais elevados padrões de qualidade, diligência, profissionalismo, etc.. A fidelidade ao negócio reproduzido coarcta a capacidade do franquiado de tomar decisões sobre o seu próprio negócio³⁶⁵.

controlo da mesma e, finalmente, de prevenção contra as eventuais condutas voluntaristas por parte de franquiados que acabem por prejudicar a imagem da rede e, assim, todos os nela integrados.

³⁶⁴ DOMINGUEZ GARCIA, “Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor”, in *Revista de Derecho Mercantil*, cit., pág. 422, nota 7, afirma que a circunstância de os franquizadores procurarem, através do clausulado contratual, uma “vinculación lo más firme posible del revendedor a su red de comercialización”, relativamente à qualidade dos produtos, aos serviços que hão-de prestar-se ao cliente, à actividade publicitária, à política de abastecimento e à apresentação dos produtos ao público, conduz a que” a actividade de distribuidor se encontre regulada ao detalhe, restando-se uma estreita margem de manobra”, razão pela qual a doutrina o tenha qualificado de mero “brazo alargado” do produtor, pese a sua independência formal.

³⁶⁵ Registe-se, a propósito, o que afirma MARTIN MENDELSON, (*The Guide to Franchising*) *Guia Prática de La Franquicia*, cit., pág. 108: a franquia é essencialmente uma licença que permite ao franquiado dirigir um negócio de acordo APENAS com o “anteproyecto [que inclui um ‘paquete’ onde se incluem os segredos da marca, os métodos de operação do negócio, a autorização para o uso de marcas e nomes comerciais, além de outras características] previsto”. Se, pelo contrário, o franquiado deseja ter a liberdade necessária para fazer o que entender, “então o sistema de franquia não é para ele”.

Ou seja, o facto de beneficiar da mais-valia que representa comercializar produtos com uma clientela já associada é compensado negativamente pela perda de autonomia na condução do respectivo negócio.

Por isso mesmo, quando, no âmbito da franquia, se verifique um incremento da clientela ou do volume de negócios do franquizador, o mais certo é que essa circunstância não possa ser associada à actividade ou às especiais qualidades pessoais do franquiado, mas antes aos factores de atracção que lhe são transmitidos e cuja titularidade é do franquizador³⁶⁶.

Acresce que esta maior intervenção dos sinais distintivos na criação e fidelização da clientela complica sobremaneira a possibilidade de se afirmar existir uma situação análoga à do agente.

De facto, para que ao agente seja reconhecido o direito à indemnização de clientela não basta, como vimos já, um mero aumento da clientela ou do volume de negócios do principal. É também necessário que esse incremento seja substancial³⁶⁷.

Ou seja, que o resultado logrado pela sua actividade ultrapasse de modo significativo aquele que seria o normalmente esperado tendo em conta as circunstâncias concretas em que a mesma se desenvolveu.

Ora, evidenciámos já e é unanimemente aceite quer na doutrina quer na jurisprudência, mesmo por aqueles que defendem, com maior largueza, o direito do franquiado à

³⁶⁶ GALLEGO SÁNCHEZ, *La Franquicia*, cit., pág. 112, afirma ser um fenómeno que se entende facilmente a circunstância de o consumidor permanecer fiel ao produto que o franquiado distribui apenas na medida em que esse produto é portador dos sinais distintivos do franquizador e que, portanto, será indiferente que pessoa em concreto actue como distribuidor, dado que a figura do franquiado apenas ganha sentido em conjunto com a de outros franquiados membros da uma mesma rede, criada e desenvolvida pelo franquizador para comercializar produtos e/ou serviços que o consumidor procura porque associados a uma determinada marca, pertencente ao franquizador. Por esse motivo, refere a Autora, no termo do contrato a clientela, porque fiel àquela marca e àquele produto, permanecerá com o franquizador. Vide, também, PINTO MONTEIRO, “Contratos de agência, de concessão e de franquia (“franchising”)”, in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, cit., pág. 27.

³⁶⁷ Como já atrás defendemos, não fazendo a lei qualquer exigência quantitativa relativamente à criação de clientela pelo agente, deve aceitar-se ser possível a verificação deste requisito para a atribuição do direito à indemnização quando o número de clientes angariados seja reduzido ou até mesmo apenas um. Isso não significa, contudo, que a mais-valia reflectida na criação dessa nova clientela não tenha que ser considerável. Não seria compreensível considerar preenchido tal pressuposto com a angariação de um número de clientes que não se traduzisse num aumento com algum significado. Ou seja, como refere AXEL DE THEUX, *Le statut européen de l'agent comercial - Approche critique de droit comparé*, cit., pág. 298, a criação de nova clientela não tem que ser notável, mas não pode ser insignificante. Vide também o Ac. RL de 14/02/2006 (Relator: Desembargador Pimentel Marcos), disponível em <http://www.dgsi.pt>.

indemnização de clientela³⁶⁸, a essencialidade dos sinais distintivos do franquizador, do saber-fazer transmitido e da assistência técnica prestada como factores de atracção da clientela na franquia.

Esta realidade, se já é apta a fundamentar a restrição, amplamente admitida, no reconhecimento ao franquiado da responsabilidade pela geração de uma clientela “própria”, cerceia, na nossa perspectiva de um modo muito significativo, a possibilidade de essa hipotética criação atingir os necessários patamares de substancialidade.

Também pelas razões atrás expostas, será muito difícil ao franquiado provar o seu contributo para um aumento, que seja substancial, do volume de negócios do principal.

É que o referido incremento, a existir, tem que decorrer da actividade do franquiado. Para provar a respectiva contribuição para aquele resultado, não basta que o mesmo comercialize, num estabelecimento que mantenha aberto ao público, produtos ou serviços com os sinais distintivos do franquizador.

De facto, se os clientes acorrem ao estabelecimento do franquiado porque desejam adquirir produtos ou obter serviços de uma determinada marca e, posteriormente, continuam a procurar ali os mesmos produtos ou serviços, criando uma clientela estável e importante, que venha a revelar-se responsável por um aumento substancial do volume de negócios do franquizador, isso não significa, necessariamente, que tal se deva a especial mérito da actividade do franquiado. Bem pelo contrário, o que sucede as mais das vezes é que, neste tipo de situações, é este último que se aproveita da força atractiva dos elementos pertencentes ao franquizador, os quais lhe permitem beneficiar de uma clientela “adquirida” sem um esforço comercial correspondente.³⁶⁹

Em suma, o primeiro dos requisitos exigidos para a atribuição da indemnização de clientela ao franquiado não pode deixar de se considerar de muito difícil verificação.

³⁶⁸ COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade (As Empresas no Direito)*, cit., págs. 65 e segs.; ELSA VAZ DE SEQUEIRA, “Contrato de franquia e indemnização de clientela”, in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Brito de Almeida Costa*, cit., págs. 482 e segs.

³⁶⁹ AURORA HERNANDO GIMÉNEZ, *El Contrato de Franquicia de Empresa*, cit., pág. 464 e segs.. ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos em las relaciones internas*, cit., pág. 547, coloca mesmo a questão de saber se, tendo em conta a identificação dos consumidores com a imagem de marca da rede, não será realmente o franquizador quem promove a clientela do franquiado. Por seu lado EMÍLIO LÁZARO SÁNCHEZ, “El Contrato de Franquicia (Aspectos Básicos)”, in *Anales de Derecho*, cit., pág. 115, considera que o franquiado se aproveita lícitamente da imagem empresarial da rede de franquia, alcançando o seu benefício com a revenda - ou a prestação de serviços - a consumidores já fidelizados àquela imagem e, portanto, clientes incondicionais da franquia, independentemente de quem sejam os donos dos estabelecimentos franquiados e o local em que estes se situem.

Tal não significa, no entanto e na nossa perspectiva, que se afaste liminar e absolutamente a possibilidade de, em determinadas situações, poder verificar-se o preenchimento de tal pressuposto.

É verdade que quando se fala dos factores responsáveis pela angariação e desenvolvimento da clientela no contrato de franquia existe a tendência para os associar quase unicamente aos bens proporcionados pelo franquizador. Alguma doutrina tem, no entanto, insistido em afirmar que, a par dessa clientela objectiva, estritamente ligada a esses “elementos particulares do negócio, às suas qualidades, à sua organização”³⁷⁰, fornecidos pelo franquizador, é possível vislumbrar uma clientela subjectiva, ligada à pessoa do franquiado³⁷¹. De entre as circunstâncias reveladoras da contribuição do franquiado para o incremento da clientela e/ou do volume de negócios do franquizador, costumam destacar-se as qualidades pessoais e profissionais do franquiado “(incluindo [...] um certo saber-fazer próprio)”, a localização do estabelecimento de que é titular³⁷², a sua comparticipação na publicidade local.

Dissemos já que o que essencialmente se pretende com o contrato de franquia é a criação de uma rede de estabelecimentos pertencentes a comerciantes independentes entre si de tal modo organizada que permita obter uma uniformidade da imagem de marca do franquizador, criando no consumidor a convicção de uma confusão entre qualquer dos estabelecimentos, no sentido de que em todos eles estão igualmente presentes as características do franquizador e, assim, é indiferente a qual deles recorrer para obter quaisquer dos produtos ou serviços por eles comercializados.

Ora, essa necessidade de padronização implica, num sistema de franquia conseguido, que todos os franquiados ajam de modo idêntico, que as suas “características “pessoais [...] no relacionamento com a clientela [sejam] exactamente as mesmas entre si, e idênticas à do próprio franquizador (ou da sua “unidade piloto”)”³⁷³.

³⁷⁰ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza Jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 281.

³⁷¹ Sobre a distinção, vide MÁRIO ROTONDI, “O aviamento na teoria geral do estabelecimento comercial”, in *Jornal do Foro*, ano 21, Lisboa, 1957, págs. 149 e segs, Autor que considera ser a clientela uma “ manifestação externa do aviamento” – entendido este como uma qualidade incindivelmente ligada ao negócio, resultante do concreto modo como se organizam os elementos que o constituem e que alicerçam os objectivos por ele perseguidos –, no qual distingue dois tipos de factores concorrentes: “um aviamento objectivo ou real [...], concebível como qualidade do negócio” e um aviamento subjectivo, ou pessoal “enquanto derivado da pessoa do titular e a ele indissoluvelmente ligado.”

³⁷² COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade (As Empresas no Direito)*, cit., págs. 65 e segs.

³⁷³ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza Jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., págs. 282 e segs.

Assim, quer quando comercializa os produtos quer quando presta os serviços pós-venda, o que se exige do franquiado é que, imitando o franquizador, o faça com respeito pelos mais exigentes padrões, não apenas relativamente à qualidade mas também àquelas características “pessoais”.

Será, portanto, de concluir, como já anteriormente se referiu, que a essencialidade de que a actividade do franquiado se paute pela fidelidade ao negócio reproduzido coarcta a sua capacidade de tomar decisões sobre o seu próprio negócio. Daí que nos pareça dever considerar-se, por vezes, excessivo atribuir-se às qualidades pessoais ou profissionais do franquiado especial relevo na atracção de clientela.

Quanto à relevância da localização do estabelecimento do franquiado para o incremento da clientela e/ou do volume de negócios do franquizador, parece ser igualmente de afastar a sua consideração como contributo do franquiado. De facto, o que sucede quase sempre é que a escolha dessa localização é da responsabilidade do franquizador. Enquanto titular do êxito comercial que pela franquia se pretende reproduzir, o franquizador será quem melhor colocado se encontra para fazer a avaliação sobre a localização do estabelecimento de acordo com as características requeridas pelo modelo de negócio em causa, cumprindo, também desse modo, a função de garantir a imagem comum da rede de franquia, que lhe cabe em primeira linha.

Aliás, será do próprio interesse do franquiado atribuir ao franquizador a tarefa de escolher a localização do estabelecimento, pois não faria sentido que aquele, que inicia uma actividade comercial de exploração de um negócio cujo êxito assenta no projecto definido pelo franquizador, pretendesse impor uma localização diferente da julgada adequada por este último³⁷⁴.

De resto, é tendo em conta precisamente a importância que a localização do estabelecimento pode assumir no âmbito da franquia que o franquizador não deixa, em regra, de chamar a si a responsabilidade pela decisão da escolha do local onde fixar o estabelecimento. É também por isso que o contrato de franquia inclui quase sempre uma

³⁷⁴ Neste sentido FABIO BORTOLOTTI, “Concessione di vendita, franchising e altri contratti di distribuzione. Normativa antitrust. Contratti internazionali di distribuzione”, in *Manuale di Diritto della Distribuzione*, cit., pág. 56 e ROBERTO BALDI, *Il Contratto di Agenzia, La Concessione di Vendita, Il Franchising*, cit., pág. 180. Vide, ainda, GUILHERMO BERMÚDEZ GONZÁLEZ, *La franquicia: elementos, relaciones y estrategias*, ESIC, Madrid, 2002, págs. 179 e segs..

cláusula através da qual se impede o franquiado de deslocar o estabelecimento sem o assentimento do franquizador.³⁷⁵

O que vem de afirmar-se vale seguramente para a grande maioria das situações, nas quais a localização do estabelecimento do franquiado é determinada unicamente, como se disse, pela rede e em função das características impostas pelo modelo de negócio objecto da franquia, limitando-se o franquiado executar essas medidas quando instala o dito estabelecimento.

Pode, no entanto, acontecer que apesar de pertencer ao franquizador a decisão sobre a respectiva localização, a mais-valia que eventualmente venha a derivar daquela escolha deva ser, pelo menos em parte, atribuída ao franquiado. Isso poderá suceder, por exemplo, quando este explorou já uma actividade naquele concreto estabelecimento ou local e criou uma clientela que consegue canalizar para o novo negócio.

A publicidade local é, geralmente, um encargo do franquiado, para satisfação do qual fica em regra obrigado a destinar uma determinada percentagem da respectiva facturação. A sua relevância como elemento de atracção da clientela ligado ao franquiado pode ser considerável, se se tiver em conta que a mesma se dirige, nesse caso, a uma plateia mais restrita, é certo, mas também mais próxima da zona de actividade deste e, portanto, melhor conhecida pelo mesmo, circunstância que sem dúvida pode aumentar as probabilidades de sucesso no que respeita à atracção e fidelização de clientela. Assim, não obstante ainda aqui o franquiado ter o dever de se conformar com as directivas do franquizador sobre o assunto³⁷⁶, a sua acção nesta área pode, em determinadas situações – como por exemplo quando, atenta a sua juventude, o modelo de negócio objecto da franquia ainda não é suficientemente conhecido num determinado mercado –, contribuir para a valorização da imagem de marca do franquizador e, desse modo, para o incremento dos negócios do mesmo.

Parece-nos, contudo, que o contributo do franquiado para esse desenvolvimento, em termos de merecer a atribuição do direito à indemnização e clientela pode resultar de outro tipo de razões.

³⁷⁵ Cláusula que foi já objecto de apreciação pelo Tribunal das Comunidades Europeias em decisão proferida em 28 de Janeiro de 1986 (a conhecida decisão Pronuptia), na qual se entendeu que as exigências de apresentação uniforme da rede de franquia justificam que se imponha ao franquiado a obrigação de não transferir o seu estabelecimento sem o assentimento do franquizador (considerando 19). No ordenamento jurídico italiano, estabelece-se no n.º 1 do art. 5.º da Lei 129/2004, que, salvo motivo de força maior, o franquiado não pode transferir a sede que foi indicada no contrato sem o prévio consenso do franquizador.

³⁷⁶ CHRISTINE MATRAY, *Le Contrat de Franchise*, cit, pág. 88.

Na concretização do seu objectivo de retirar proveito da exploração da fórmula de sucesso identificada pela marca da qual é titular, bem como a sua constante valorização, o franquiador procura conquistar mercados através do recurso à actividade de comerciantes conhecedores dos mercados nos quais se pretende instalar³⁷⁷.

É quase unanimemente reconhecido que a força dos sinais distintivos e do saber-fazer do franquiador exerce uma atracção tal na angariação e fidelização da clientela que se torna muito difícil, na generalidade dos casos, reconhecer ao franquiado o contributo justificativo da verificação do primeiro dos requisitos da atribuição da indemnização de clientela.

Isso será assim, com maior probabilidade, quando se trate de franquia de distribuição. Nesta modalidade, o franquiado limita-se a vender no seu estabelecimento – o qual, além de ostentar a insígnia do franquiador, está sempre montado e decorado de acordo com um modelo que é uniforme em toda a rede e que, por isso mesmo, surge aos olhos do público como correspondendo a mais um dos pontos de venda do franquiador – produtos que exibem a marca propriedade deste último.

Falámos já da importância das marcas nos dias de hoje e do envolvimento e associação que elas implicam na definição de um certo estilo de vida.

É essa força sedutora, dirigida ao consumidor, que resulta na chamada “clientela de marca”, para a qual é completamente indiferente saber quem comercializa os produtos que ostentam a marca procurada.

Ora, em tais circunstâncias, é muito difícil ao franquiado poder provar que a clientela que acorre ao seu estabelecimento é cativada pelos factores de atracção ligados à sua pessoa. Neste tipo de franquia, o poder de atracção da marca é, parece-nos, o único responsável pelo afluxo da clientela.

Na franquia de produção não parece também ser fácil ao franquiado comprovar ter contribuído para o desenvolvimento da clientela.

De facto, nesta modalidade, cabe-lhe produzir, utilizando os conhecimentos tecnológicos necessários para o respectivo fabrico que lhe são transmitidos pelo franquiador, bens que comercializará sob a marca deste. E se no que especialmente respeita à fase de produção não é difícil sustentar que ela não parece ser de molde a justificar a atribuição da indemnização de clientela, tendo em conta que a actividade do franquiado acaba por se resumir à disponibilização de meios materiais necessários para o fabrico, sendo todo o saber-

³⁷⁷ PAUL-ANDRÉ MATHIEU, *La nature juridique du contrat de franchise*, cit. pág. 13.

fazer utilizado para o efeito proporcionado pela contraparte, a fase de comercialização, na qual a actividade do franquiado é em tudo idêntica àquela que ocorre no âmbito da franquia de distribuição, é igualmente propensa a afastar o direito à referida compensação.

A franquia de serviços será, porventura, a modalidade que permitirá, apesar de tudo, uma maior intervenção dos factores de atracção de clientela ligados ao franquiado. De facto, muito embora seja de reconhecer que, mesmo aqui, o modelo imposto pelo franquiador deixa disponível ao franquiado uma muito curta margem de acção para que possa manifestar as suas qualidades pessoais ou profissionais, trata-se de um tipo de franquia que permite uma maior interferência do mesmo no processo de comercialização.³⁷⁸

A franquia de desenvolvimento³⁷⁹ poderá ser, na nossa perspectiva, a modalidade que maior probabilidade encerra para justificar a atribuição da indemnização de clientela.

Vimos que neste tipo de franquia o franquiador concede a um comerciante (o franquiado) o direito exclusivo de explorar uma rede de franquia em determinado país ou território, integrada por unidades que ele próprio instalará de acordo com plano previamente estabelecido.

Ora, nestas situações o franquiado é, quase sempre, uma empresa com uma dimensão ajustada à capacidade para instalar o conjunto de estabelecimentos que formam a rede de franquia e que, portanto, reúne condições para desenvolver clientela que não estarão ao

³⁷⁸ É o que sucede, por exemplo, nas franquias relacionadas com o aluguer de automóveis, com a actividade hoteleira, entre outras.

³⁷⁹ A franquia de desenvolvimento consiste num contrato pelo qual o franquiador concede a um comerciante (o franquiado) o direito exclusivo de explorar uma rede de franquia em determinado país ou território, integrada por unidades que ele próprio instalará de acordo com plano previamente estabelecido. Não se confunde esta figura com a franquia principal (ou “master franchising”). Ao contrário do que ali sucede, aqui estabelece-se uma relação directa entre franquiador e franquiado, típica da franquia directa. Enquanto na franquia principal a contraparte do franquiador adquire pelo contrato o direito de celebrar contratos de franquia com terceiros, na franquia de desenvolvimento ao franquiado (ou “area developer”) é outorgado o direito de instalar e explorar ele próprio todas as unidades previstas para o território em relação ao qual adquire esse direito. Também a franquia de desenvolvimento tem vantagens e desvantagens para o franquiador. Do lado das primeiras haverá que considerar-se o facto de ser estabelecida uma relação directa entre franquiador e um único franquiado, circunstância que só por si facilita àquele o exercício do controlo sobre a rede. Além disso, nestas situações o franquiado é normalmente uma empresa com um perfil económico e financeiro ajustado à capacidade para instalar o conjunto de estabelecimentos que formam a rede de franquia³⁷⁹, o que permite ao franquiador dispor de acrescida garantia do cumprimento pelo franquiado das suas obrigações contratuais, designadamente as de carácter financeiro. Paradoxalmente, a principal desvantagem da franquia de desenvolvimento está relacionada também com o facto de existir apenas um franquiado, na medida em que qualquer actuação inadequada por parte deste tem reflexos imediatos ao nível global da rede. Além disso, em caso de litígio, o franquiador pode deixar de auferir os rendimentos financeiros (royalties) correspondentes à totalidade da rede desenvolvida pelo franquiado. Em Portugal a Pizza Hut e a Burger King constituem redes desenvolvidas através da Sonae, SA.

alcance da maior parte dos franquizados nas restantes modalidades. O que acontece é que, na maior parte das vezes, o empresa franquizada possui já uma vasta clientela de outros produtos que comercializa mas sobre a qual detém um poder de influência que facilita a respectiva cativação. Em muitas destas situações, é a própria imagem do franquizado (que na franquia de desenvolvimento pode mesmo ter uma projecção no mercado superior à do franquizador) que contribui em grande medida para a valorização do negócio do franquizador.

O que vem de se afirmar não significa, porém, que em determinadas circunstâncias, excepcionais, o franquizado não possa, com o seu empenho, desenvolver uma actividade que venha a revelar-se importante para esse efeito. Pense-se, por exemplo, nas situações em que a franquia, dada a sua juventude, não está ainda devidamente consolidada, havendo, por isso, um consequente desconhecimento, por parte dos consumidores locais, dos produtos ou serviços em cuja comercialização consiste o seu objecto³⁸⁰.

Nestes casos, o labor do franquizado pode mostrar-se decisivo para a angariação de clientela e para o seu desenvolvimento. É que, sendo ele quem contacta directamente com os consumidores, será quem melhor colocado está para perceber as preferências e necessidades dos consumidores e, portanto, para reportar³⁸¹ ao franquizador conhecimentos que permitirão a este adoptar as estratégias de marketing mais adequadas a cada situação, designadamente através das competentes campanhas publicitárias ou da actualização, sempre necessária, do saber-fazer³⁸².

³⁸⁰ CATALINA RUIZ-RICO RUIZ, *El Contrato de Franquicia y sus Limites Jurídicos, Problemática Actual*, Tirant lo Blanch, Valência, 2008, pág. 289, afirma que, a par das franquias consolidadas e reconhecidas, podem existir outras cuja “juventude ou escasso marketing” não permite ao público conhecer a sua “naturaleza franquiciada”. E que, relativamente a estas últimas, a clientela não procura no franquizado um “alter ego” do franquizador, pelo que as mesmas funcionam “com luz própria e geram a sua própria clientela”.

³⁸¹ Sobre a interactividade do sistema de franquia, vide M. BARATA SIMÕES, *Franchising, franquia, inovação e crescimento*, cit., págs. 50 e segs., Autor que considera dever o franquizador “apresentar-se disponível à participação, espontânea ou estimulada, dos franqueados” e “tirar vantagem das informações e impressões” dos mesmos. Saliente-se, ainda, que no Código Comercial de Macau – aprovado pelo DL n° 44/99/M, de 3 de Agosto e entrado em vigor em 01/11/1999, no qual é tipificado o contrato de franquia, cujo regime jurídico consta nos seus arts. 679° e ss. – se estabelece, no art. 697°, a obrigatoriedade de o franquizado “comunicar ao franquizador qualquer experiência nova obtida na exploração da franquia, que represente uma melhoria relativamente às suas condições de funcionamento e eficiência, e a conceder-lhe autorização para a utilização do saber-fazer decorrente da mesma, bem como o direito a permitir a sua utilização aos outros franquizados”. Vide, também, o Ac. RL de 29/03/2007, proferido no Proc. 2985/06.6 (Relator: Desembargador Aguiar Pereira), disponível em <http://www.dgsi.pt/>, onde, tratando a questão da possibilidade de o concedente vir a beneficiar da actividade desenvolvida pelo concessionário, é considerada a relevância da actividade desenvolvida por este último na prospecção do mercado levada a cabo para utilização do primeiro nas suas actividades de marketing, campanhas e acções de serviço.

³⁸² ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos en las relaciones internas*, cit., págs. 547 e segs., salienta que a relevância da imagem de marca no âmbito da franquia não é motivo determinante para a exclusão da aplicação analógica, fundamentando-o em duas razões: a necessidade de se ter em consideração a

Pode objectar-se que esse trabalho executado pelo franquiado se insere, afinal, naquela que deve ser a sua função normal, decorrente do contrato celebrado. E que a retribuição que lhe caberá pelo exercício da respectiva actividade será a correspondente ao nível de desempenho que obtenha, isto é, quanto mais elevado for o volume de vendas ou de prestação de serviços, tanto maior será o rendimento que auferirá, ficando deste modo prejudicada a possibilidade de atribuição da indemnização de clientela, uma vez que o seu trabalho está já completamente remunerado.³⁸³

Mas cremos que não será assim. Desde logo porque uma situação idêntica é passível de ocorrer no contrato de agência. O agente também verá os respectivos rendimentos aumentar ou diminuir consoante angarie mais ou menos clientes para o principal e e não se lhe pode, só por isso, negar o direito à indemnização de clientela.

Ora, se o franquiado auferiu, durante a vigência do contrato, rendimentos elevados em resultado do seu maior labor e empenho, tal não pode obstar a que lhe seja reconhecido o direito àquela compensação sempre que ele prove ter criado, com o exercício da sua actividade, uma mais-valia, um benefício considerável que fique disponível ao franquiador após a cessação do contrato. Isto porque, como refere ECHEBARRÍA SÁENZ, o objecto da compensação em que consiste a indemnização de clientela é precisamente esse “excesso de contraprestação”.³⁸⁴

Nesse sentido, pode sempre defender-se que, não obstante se reconheça o relevo fundamental da marca como factor de atracção da clientela e de desenvolvimento dos negócios do franquiador, não poderá desconsiderar-se o contributo de todos quantos colaboram, de um modo ou de outro, não apenas para a introdução, no mercado, do negócio objecto da franquia, mas também para a sua constante valorização.

“contribuição material do franquiado” e dos diversos parceiros da rede na promoção da franquia, os quais, mediante quotas publicitárias ou de franquia e o “efeito sinérgico do sistema” participam em grande medida no desenvolvimento dos negócios do franquiador; e, principalmente, por mais importante que seja a força atractiva da marca, é impossível afastar o trabalho promocional do franquiado, o qual, como ponto de contacto entre o sistema de franquia e a clientela, é o encarregado de dotar de consistência e perdurabilidade o mesmo. Por seu lado, THIERRY DE HALLER, *Le contrat de franchise en droit suisse*, cit., 1978, págs. 134 e segs., salienta que se o incremento da clientela gerada pelo franquiado se liga ao capital atractivo do franquiador, isso significa que aquele contribuiu com a sua actividade para aumentar o valor dos bens imateriais deste último dentro de uma determinada área.

³⁸³ CANDIDO PAZ-ARES, “La terminación de los contratos de distribución”, in *Advocatus*, cit., págs.. 1301.

³⁸⁴ *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos em las relaciones internas*, cit., pág. 553.

Desde que tal contributo possa ser avaliado e, sendo-o, seja reputado de substancial, nada parece obstar à verificação do primeiro dos pressupostos exigidos no art. 33º do Dec.-Lei 178/86.

4.2. A possibilidade de o franquizador, extinto o contrato, continuar a beneficiar da actuação do franquiado durante a vigência do mesmo

A verificação, relativamente ao contrato de franquia, do requisito previsto na alínea b) do nº 1 do art.33º do Dec.-Lei 178/86, isto é, a circunstância de ao franquizador ficar acessível beneficiar consideravelmente, após a cessação do contrato, da “mais-valia” eventualmente gerada pelo franquiado, costuma convocar a questão sobre a propriedade da clientela.

Questão que não é pacífica no âmbito dos chamados contratos de distribuição, sendo possível encontrar na doutrina quem defenda teorias de sentido muito diverso, umas vezes atribuindo aquela propriedade ao franquiado, outras ao franquizador e, até, a ambos.

Assim, uma primeira tese, tradicionalmente sufragada no direito francês, considera dever associar-se a propriedade da clientela à titularidade do estabelecimento ao qual a mesma acorre. A clientela constitui um elemento essencial do “fonds de commerce”. Pelo que, no contrato de franquia, é ao franquiado, enquanto comerciante independente que explora um estabelecimento do qual é proprietário, que pertence a clientela a ele associada.³⁸⁵

Outra teoria defende que a clientela se encontra ligada aos sinais distintivos do franquizador. Assim, a clientela pertencerá sempre ao franqueador, na medida em que, tratando-se de “clientela de marca”³⁸⁶, a circunstância de a mesma permanecer fiel aos produtos comercializados pelo franquiado não está relacionada com a pessoa deste último, sendo mesmo indiferente quem em concreto detenha essa qualidade, mas tão-só com o facto de esses produtos serem portadores da marca do franquizador³⁸⁷. Ou seja, a actividade do franquiado durante a execução contratual, não obstante se reconheça poder contribuir para o desenvolvimento daquela clientela, esteve unicamente dirigida à manutenção e valorização da

³⁸⁵ DIDIER FERRIER, *Droit de La Distribution*, cit., pág. 315. OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, cit., pág. 497. Como anota COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade (As Empresas no Direito)*, cit., pág. 66, nota 166, se a generalidade dos autores franceses afirma terem as sucursais clientela própria, já relativamente ao estabelecimento do franquiado tal não se verifica.

³⁸⁶ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, cit., pág. 498.

³⁸⁷ JOHN ADAMS e K. V. PRICHARD JONES, *Franchising – Practice and precedents in business format franchising*, London, Butterworths, 1981, págs. 9 e segs.

imagem de marca da rede em que esteve inserido. Desse modo, no momento em que ocorre a cessação do contrato, a clientela mantém-se, naturalmente, na posse do franquiador.

Há ainda quem, afastando-se do radicalismo das teses anteriores, entenda que a propriedade da clientela não deve ser atribuída unicamente a uma das partes no contrato de franquia. Pelo contrário, a respectiva titularidade será de ambas, no sentido de que em cada situação concreta pertencerá ao franquiado ou ao franquiador, ou ainda, no mesmo contrato, caberá a cada um deles uma parte da clientela ligada a ambos.³⁸⁸

As consequências, relativamente à indemnização de clientela, das teses expostas nas quais se reconhece ao franquiado propriedade sobre clientela, apontam ambas no sentido do seu afastamento quando não se verifique a existência de um impedimento forçado de acesso, pelo franquiado, à sua clientela, designadamente pela intervenção de uma cláusula contratual de não concorrência.

Assim, quando a propriedade da clientela é associada à titularidade do estabelecimento e, deste modo, atribuída ao franquiado, que a conserva após a extinção do contrato, não haverá justificação para que lhe seja atribuída a indemnização de clientela. E mesmo quando, findo o contrato, se venha a verificar que essa clientela deixa de seguir o franquiado, tal circunstância faz parte dos riscos que o mesmo previu e assumiu ao celebrar o contrato, entre os quais se inclui o de ruptura da relação contratual.³⁸⁹

Se é unicamente aos sinais distintivos do franquiador que a clientela está ligada, ao franquiado, enquanto comerciante independente, que assume os riscos derivados da gestão da respectiva empresa e que abdica de criar a sua própria clientela, acaba por ser reconhecido apenas o papel de auxiliar na tarefa de promover aqueles sinais. A sua integração numa rede de distribuição de produtos ou serviços devidamente criada e desenvolvida pelo franquiador, os quais o consumidor procura pela confiança que neles deposita pelo facto de serem portadores dos seus sinais distintivos, favorece exactamente esse entendimento. O que leva o franquiado a celebrar o contrato é o elevado grau de garantia de vir a beneficiar das vantagens que o mesmo lhe proporciona. É essa perspectiva que o faz conceder no que respeita à

³⁸⁸ GALLEGO SÁNCHEZ, *La Franquicia*, cit., pág. 114.

³⁸⁹ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza Jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 277. Para ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos en las relaciones internas*, cit., pág. 548, a indissolúvel vinculação da clientela com os elementos de propriedade industrial, isto é, com os sinais distintivos do franquiador, aconselham centrar o direito do franquiado na posse e comparticipação da clientela, mais do que na sua propriedade.

autonomia na condução do negócio, aceitar reduzir a sua actividade ao desenvolvimento da clientela do franquizador³⁹⁰ e correr o risco da ruptura contratual.

Finalmente, quando a propriedade da clientela é atribuída a ambos os contraentes, o afastamento da compensação deriva do facto de, uma vez cessado o contrato, aquela que estiver fidelizada a cada um deles tenderá a manter-se, não ocorrendo qualquer prejuízo para o franquiado.³⁹¹

Sobre a questão parece-nos preferível reconduzir a propriedade da clientela não directamente a qualquer dos contraentes ou a ambos, mas antes aos factores que são os responsáveis pela respectiva atracção e fidelização. O direito à clientela não passa de uma “expectativa, extra-jurídica, de que os clientes continuarão a acorrer àquele estabelecimento”³⁹². São, portanto, aqueles factores, responsáveis por tal fenómeno, que, na realidade, “se apropriam” da clientela, pelo que quem, em determinada situação, os detiver, será o “proprietário” da mesma.

O estabelecimento explorado pelo franquiado é composto por elementos fornecidos pelo mesmo (máquinas, ferramentas, mobiliário, prestações de trabalho, edifício, etc.) e por elementos transmitidos pelo franquizador (sinais distintivos, saber-fazer, etc.), sendo certo que estes últimos são os que determinam, pode dizer-se, a existência dos primeiros. Isto é, são os bens prestados pelo franquizador a razão de ser da existência dos fornecidos pelo franquiado. Por isso mesmo sustenta COUTINHO DE ABREU que “os estabelecimentos dos franquiados serão “absolutamente vinculados”: ligados incindivelmente aos bens proporcionados pelos franquidores”³⁹³.

Deste modo, se se aceitar, como nos parece dever suceder, que na composição do estabelecimento do franquiado adquirem fundamental relevo os elementos proporcionados

³⁹⁰ Por essa razão, DOMINGUEZ GARCIA, “Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor”, in *Revista de Derecho Mercantil*, cit., pág. 477, afirma que o estabelecimento do distribuidor se converte numa empresa auxiliar, cujos esforços se centram na criação, conservação e incremento da clientela de outro empresário. GALLEGO SÁNCHEZ, *La Franquicia*, cit., pág. 112, questiona o motivo do não reconhecimento, nestas circunstâncias, ao franquiado, do direito à indemnização de clientela, não entendendo por que há-de o mesmo ser pior tratado do que os outros “intermediários” do comércio, como os agentes, a favor dos quais se prevê essa atribuição.

³⁹¹ GALLEGO SÁNCHEZ, *La Franquicia*, cit., pág. 114, alude a uma corrente doutrinal que, a partir da mesma premissa, chega a uma conclusão de sentido contrário, ao considerar que apesar de o franquiado desenvolver um “papel secundário” na conquista da clientela, nem por isso parece lícito negar-lhe a compensação, precisamente pela sua colaboração.

³⁹² OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, cit., pág. 499.

³⁹³ COUTINHO DE ABREU, *Da Empresarialidade (As Empresas no Direito)*, cit., pág. 67.

pelo franquiador, nos quais habitualmente se reconhece residir a principal força atractiva da clientela e que, aquando da extinção do contrato de franquia, o estabelecimento fica desprovido desses elementos essenciais que permitem assegurar a angariação de uma clientela³⁹⁴, então não pode deixar de considerar-se que, na prática, a clientela acaba por “pertencer” sempre ao franquiador, na medida em que é ele o titular daqueles elementos.

Embora não se desconheça que, juridicamente, a clientela pertence ao franquiado, face à circunstância de ser com ele, enquanto comerciante que actua em nome e por conta própria, que celebra os contratos, é inegável que, de facto e em termos económicos, ela acaba por ser apropriada pelo franquiador.

É que uma vez chegado o momento da cessação do contrato, como demonstra a prática negocial, o franquiado, impedido da utilização dos direitos de propriedade industrial e do saber-fazer, ver-se-á privado também da clientela que “pertencia” a ele ou ao franquiador enquanto durou a relação contratual, clientela essa que o abandonará a favor de um novo franquiado que beneficie daqueles direitos.³⁹⁵

O que nos parece, contudo, é que a propriedade³⁹⁶ da clientela não revestirá interesse de maior quanto à questão, que se analisa, da verificação do requisito previsto alínea b) do nº 1 do art. 33º do Dec.-Lei 178/86, isto é, a circunstância de ao franquiador ficar acessível beneficiar consideravelmente, após a cessação do contrato, da “mais-valia” eventualmente gerada pelo franquiado.

De facto, a indemnização de clientela tem sempre em vista o incremento da clientela e não a sua transferência. No contrato de agência, a clientela não pertence ao agente. Este

³⁹⁴ Por este motivo, isto é, pelo carácter essencial que assumem, no contexto do estabelecimento do franquiado, os elementos pertencentes ao franquiador, CHRISTINE MATRAY, *Le Contrat de Franchise*, cit., pág. 92, chega a afirmar que aquele não detém qualquer direito de propriedade sobre o estabelecimento, mas apenas “um simples direito de utilização, estreitamente controlado e limitado à duração do contrato de franquia, sobre a insígnia, a marca, os logótipos e o saber-fazer, ou seja, sobre os elementos fundamentais da angariação da clientela”. No mesmo sentido, mas sustentando que a empresa que o franquiado coloca em funcionamento, da qual fazem parte “os bens que compõem a franquia, como sejam sinais distintivos e outros objectos de propriedade industrial (patentes, modelos de utilidade, etc.) e intelectual (por ex., direitos de autor) e ainda, em especial, o saber-fazer”, pertence ao franquiador, “que a concede para fins de exploração ao franquiado”, vide ALEXANDRE LIBÓRIO PEREIRA, “Da Franquia de Empresa (Franchising)”, in *BFDUC*, cit., págs. 272 e segs..

³⁹⁵ GALLEGO SÁNCHEZ, *La Franquicia*, cit., pág. 115. ALFARO ÁGUILA-REAL, “Franchising”, in *Enciclopedia Jurídica Básica*, cit., págs. 3156 e segs. dá mesmo conta de ser prática frequente a imposição, pelo franquiador ao novo franquiado, da obrigação de pagar ao antigo franquiado um montante (a modo de “traspaso”).

³⁹⁶ OLIVEIRA ASCENSÃO, *Direito Comercial*, cit., pág. 497 e segs., entende que a clientela não é susceptível de apropriação, não existindo, desse modo, um direito à clientela. Por seu lado DOMINGUEZ GARCIA, “Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor”, in *Revista de Derecho Mercantil*, cit., pág. 483, coloca mesmo em causa que se possa falar, nalguma situação, de clientela do distribuidor.

limita-se a angariar quem esteja na disposição de negociar com o principal. O agente não intervém, em princípio, em quaisquer contratos celebrados entre os clientes que angaria e o principal. E quando, munido dos necessários poderes, os celebra, fá-lo em nome do principal, em cuja esfera jurídica se repercutem os efeitos deles decorrentes³⁹⁷.

E se no contrato de franquia não parece poder rebater-se a afirmação de que, em termos jurídicos, a clientela do franquiado lhe pertence, é igualmente inegável que de um ponto de vista económico, a propriedade da mesma deve também ser atribuída ao franquiador, o que faz com que agente e franquiado surjam, nas relações jurídicas que estabelecem com a clientela, numa posição de algum modo semelhante.

Aliás, a norma constante no art. 33º não procura determinar a propriedade da clientela, mas antes averiguar se houve, depois da extinção do contrato, uma atribuição patrimonial considerável a favor do principal sem contrapartida em proveito do agente e, verificada a ocorrência desse excesso de valor, compensar este último, tendo em consideração o critério da equidade, mas apenas em relação a esse mesmo “plus”³⁹⁸.

O que importa é, portanto, verificar se esta situação é passível de ocorrer no âmbito do contrato de franquia.

Vimos já que durante a execução do contrato de franquia as partes actuam em estreita colaboração, visando a criação e fidelização de uma clientela que possam desenvolver. Sendo que o resultado de tal estratégia beneficia ambos os contraentes, na medida em que lhes permite manter e, eventualmente, melhorar os proventos retirados da execução do contrato.

Os interesses dos contraentes são individuais³⁹⁹. Quando cria e desenvolve uma franquia, o franquiador tem em vista retirar proveito da exploração da fórmula de sucesso identificada pela marca da qual é titular, bem como a sua constante valorização. Para alcançar esse desiderato ele recorre, através da celebração de contratos, à actividade de terceiros interessados em participar dos rendimentos decorrentes da exploração desse sucesso

³⁹⁷ Como refere PINTO MONTEIRO, *Contrato de Agência, Anotação ao Dec.-Lei nº 178/86, de 3 de Julho*, cit., pág. 55, ao distinguir o agente do mandatário, “os poderes para celebrar contratos, na falta de convenção com outro alcance, só lhe permitirão [ao agente] substituir o principal para esse efeito, limitando-se, por assim dizer, a executar decisões deste”, ou seja, desempenhar “funções acessórias e complementares da obrigação fundamental de promover a celebração de contratos”.

³⁹⁸ Como se diz no Ac. STJ de 15/11/2007, Proc. 07B3933 (Relator: Conselheiro Salvador da Costa), disponível em <http://www.dgsi.pt/>, “A ideia é a de que só é razoável compensar o agente pelo que fez no passado na medida em que isso venha a repercutir-se directamente em benefício do principal, ou seja, quando este tenha efectivo acesso à clientela angariada pelo primeiro no quadro de uma continuidade.”

³⁹⁹ CAROLINA CUNHA, *A indemnização de clientela do agente comercial*, cit., págs. 389 e segs.

comercial e, portanto, dispostos a contribuir para a sua manutenção e valorização; por seu lado, o interesse do franquiado reside no facto de poder iniciar uma actividade comercial respaldado num conjunto de garantias - desde a aquisição, à partida, de uma clientela já fidelizada aos produtos ou serviços cuja comercialização irá desenvolver, passando pelo direito ao expectável acesso a benefícios decorrentes da utilização de factores de atracção de clientela com eficácia comprovada, até ao apoio técnico que lhe é permanentemente disponibilizado - que não tem semelhança em qualquer outro contrato.

Contudo, apesar da individualidade que caracteriza o interesse de cada um dos contraentes, verifica-se que a prossecução da realização de um e de outro acaba por confluir na construção de um activo comum que é a clientela – clientela “apropriada” pela marca ou outros sinais distintivos ou elementos imateriais, sem dúvida, mas para cuja atracção concorrem outros factores, que poderão ou não vir a revelar-se importantes na tarefa global de construção daquele fundo comum⁴⁰⁰.

Ou seja, o que fundamentalmente se visa com o contrato de franquía é criar valor de clientela. É procurar que as partes, através da actividade em que consiste a execução do contrato, não apenas consolidem a clientela já ligada à marca ou sinais distintivos do negócio e que, por força do contrato, é inicialmente “aberta” ao franquiado, mas principalmente que a incrementem, seja através da angariação de novos clientes seja pelo desenvolvimento da já existente.

É esse aumento do volume de utilidade da clientela que vai permitir atingir o fim último da franquía, que consiste na valorização da imagem de marca da rede, do qual hão-de resultar os correspondentes benefícios para todos aqueles que a integram.

Vejamos, então, as razões que podem impedir o franquiado de, findo o contrato, ter acesso aos benefícios decorrentes da sua contribuição, em termos substanciais, para a valorização daquele activo comum e em que medida a verificação desse afastamento está relacionada com a “transferência” dessas vantagens para o franquiador.

⁴⁰⁰ Activo comum a que ELSA VAZ DE SEQUEIRA, “Contrato de franquía e indemnização de clientela”, in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Brito de Almeida Costa*, cit., pág. 481, chama de “clientela do sistema”.

Tem-se defendido, para afastar o direito à compensação de que tratamos, que a clientela associada ao franquiado tenderá a segui-lo se lhe for permitido continuar a usufruir dela após a cessação do contrato⁴⁰¹.

A extinção do vínculo contratual acarreta para o franquiado o impedimento de continuar a utilizar qualquer dos elementos que lhe haviam sido transmitidos pelo franquizador, na medida em que, por força daquela extinção ele há-de cessar a actividade de exploração da empresa franquiada e proceder à devolução ao franquizador desses elementos⁴⁰². Tal circunstância, como já anteriormente salientámos, é determinante da perda do rendimento que lhe era proporcionado pelo contrato. De facto, despojado da posse do direito de utilizar a marca e demais sinais distintivos do franquizador, bem como da vantagem em que se traduz o saber-fazer e a assistência técnica por ele fornecidos, o franquiado fica, por assim dizer, impedido, na prática, de continuar a manter esse rendimento, dado que aquilo que geralmente sucede é a clientela que eventualmente tivesse sido “apropriada” pelos factores ligados à sua pessoa ou às suas características tenderá a manter-se em grande medida fiel aos produtos ou serviços que anteriormente eram por ele comercializados, continuando a adquiri-los a quem os comercialize na mesma zona, seja ele o franquizador, através de estabelecimentos próprios, seja o novo franquiado que passe a ocupar nela o lugar do anterior⁴⁰³.

⁴⁰¹ MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza Jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 285.

⁴⁰² Refira-se que quando à devolução desses elementos imateriais do franquizador, designadamente o saber-fazer, há que ter em conta o seguinte: a sua devolução, pelo franquiado, diz respeito apenas ao saber-fazer que é suportado fisicamente pelos projectos, planos, manuais, etc.. É que os conhecimentos de natureza intelectual que constituem os elementos incorporais, sejam eles conhecimentos técnicos ou comerciais, foram apreendidos pelo franquiado de um modo definitivo e, por isso, não é, possível a respectiva devolução. Isto porque uma vez apreendidos, tornam-se irreversíveis. Por isso mesmo, os efeitos da restituição desses elementos não são passíveis de devolução são assegurados pela imposição de um dever de abstenção de utilização dos mesmos após a cessação do contrato.

⁴⁰³ Neste sentido, ENRIQUE GUARDIOLA SACARRERA, *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, cit., pág. 266, que considera que dada a grande importância que na franquia adquire a marca e prestígio da rede, a clientela conseguida pelo franquiado dificilmente o seguirá após o termo do contrato, uma vez que, mudando o franquiado, ela será “herdada” pelo substituto – a exemplo do que havia já sucedido com o ex-franquiado – e assim, indirectamente, pelo franquizador; FIAMMETTA COGGI, “Le condizioni di fine rapporto”, in *I Contratti di Franchising – Organizzazione e controllo di rete*, EGEA, Milão, 1990, págs. 138 e segs., para quem o franqueado vê desaparecer, no final do contrato, o relacionamento com a clientela existente, a qual, “acostumada aos produtos da marca, vai procurá-los noutro lado”; no mesmo sentido AURORA HERNANDO GIMÉNEZ, *El Contrato de Franquicia de Empresa*, cit., pág. 460, THIERRY DE HALLER, *Le contrat de franchise en droit suisse*, cit., págs. 134 e segs. e LORENZO DELLI PRISCOLI, *Franchising e tutela dell'affiliato*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Giuffrè Editore, Milão, 2000, pág. 141. Em sentido diverso, vide PESTANA DE VASCONCELOS, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, cit., pág. 96.

Dir-se-á que a obrigação do franquiado de não utilizar os elementos imateriais pertencentes ao franquiador após a extinção do contrato é uma consequência natural e esperada dessa cessação.

E que não pode, na generalidade dos casos, ser assacada às partes qualquer responsabilidade por uma tal situação de “desvio” desse valor de clientela cuja angariação ou desenvolvimento fosse de atribuir aos elementos de atracção residentes no franquiado.

Tal não impede, contudo, que os efeitos assim produzidos conduzam, na prática, mesmo que indirectamente, a uma clara possibilidade de o franquiador continuar a usufruir vantagens ainda relacionadas com a execução contratual do franquiado.

À mesma conclusão se poderá chegar nas situações em que é convencionada uma cláusula de obrigação de não concorrência pós-contratual⁴⁰⁴, muito embora se reconheça que a finalidade da mesma não é coincidente nos contratos de agência e de franquia.

Essa obrigação de não concorrência pós-contratual imposta ao agente visa impedi-lo de utilizar as respectivas qualidades pessoais e profissionais em seu favor ou de um concorrente do principal, desviando deste a clientela que havia por si sido angariada ou desenvolvida.

Ou seja, o fundamento da imposição desta obrigação ao agente assenta na necessidade de evitar a produção de consequências (nefastas para o principal) geradas pela actividade deste⁴⁰⁵.

No contrato de franquia não é isso que sucede. O que aqui fundamentalmente se pretende com a fixação da obrigação de não concorrência pós contratual é a protecção dos bens imateriais pertencentes ao franquiador, ou seja, a preservação do segredo quanto ao saber-fazer e conhecimentos técnicos transmitidos ao franquiado no âmbito do contrato, os

⁴⁰⁴ PHILIPPE LE TOURNEAU, *Le Franchisage*, cit., pág. 82, dá conta da estipulação, que sucede com frequência, nos contratos de franquia, de uma cláusula de “não filiação”, “menos rigorosa” e “mais respeitadora dos direitos do franquiado do que a de não concorrência”, na medida em que apenas “interdita o antigo franquiado de ingressar numa outra rede” de franquia, permitindo-lhe exercer uma outra actividade de modo totalmente independente. JEAN-MARIE LELOUP, *La Franchise – Droit e Pratique*, cit., pág. 243, aponta a esta cláusula a finalidade de impedir que um grupo de vários franquiados se organizem eles próprios numa rede e passem a fazer concorrência o franquiador.

⁴⁰⁵ De acordo com MARIA DE FÁTIMA RIBEIRO, *O Contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza Jurídica e aspectos fundamentais do regime*, cit., pág. 289, a obrigação de não concorrência pós-contratual que impende sob o agente encontra a respectiva origem no campo das relações laborais, circunstância que explica a licitude de uma tal cláusula no âmbito do contrato de agência.

quais não são passíveis de serem restituídos⁴⁰⁶. Trata-se, portanto, de garantir a integridade da imagem de marca, consubstanciada nos sinais distintivos do franquiador e no saber-fazer transmitido ao franquiado, enquanto factores essenciais de “apropriação da clientela”.

Aliás, a legislação comunitária apenas aceita a imposição, no âmbito da franquia, da obrigação de não concorrência, quando ela “é indispensável para proteger o saber-fazer transferido” do franquiador para o franquiado (alínea b) do n° 3, do art. 5° do Regulamento (EU) n° 330/2010, da Comissão, de 20 de Abril de 2010).

A admissão da indemnização de clientela não se fundamenta, no entanto, numa obrigação de não concorrência. A lei (art. 13°, g), do Dec.-Lei 178/86) prevê a atribuição ao agente de uma compensação específica “pela obrigação de não concorrência após a cessação do contrato”. Compensação que nada tem a ver com a indemnização de clientela, podendo mesmo suceder que o agente adquira o direito a ambas no âmbito do mesmo contrato.

A indemnização de clientela pretende retribuir uma determinada actividade de incremento de clientela desenvolvida pelo agente durante a vigência do contrato entretanto extinto. E a imposição da cláusula de não concorrência visa garantir ao principal o pacífico usufruto das vantagens proporcionadas pelos clientes angariados pelo agente.

Ora, atendendo às especificidades do contrato de franquia, pensamos que o franquiado pode até continuar a exercer actividade, inclusive no mesmo ramo de negócio, e todavia justificar-se o direito à indemnização de clientela. Importante é que o franquiador, apesar disso, continue em condições de poder beneficiar, por si ou através de outro franquiado, da actividade desenvolvida pelo ex-franquiado durante a vigência do contrato. Isto porque entendemos que, tendo em conta que na franquia é fundamentalmente a marca que angaria a clientela e a fideliza, adquire escasso relevo a circunstância de o franquiado deixar de comercializar produtos de uma marca para o passar a fazer sob outra distinta.

E, sendo assim, também o franquiador não deve poder eximir-se de suportar o pagamento da indemnização de clientela quando se verificarem os pressupostos da sua atribuição ao franquiado, com o fundamento em que as marcas concorrentes poderão vir a

⁴⁰⁶ HELENA MAGALHÃES BOLINA, “O direito à indemnização de clientela no contrato de franquia”, in *Revista Jurídica* (AAFDL), n° 21, Junho/2007, pág. 221; CARLOS EDUARDO FERRAZ PINTO, *O direito à indemnização de clientela no contrato de franquia em Angola*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010, págs. 143. No sentido de que a obrigação de não-concorrência na franquia tem por finalidade inibir o franquiado de exercer uma actividade económica de dado tipo, para assim garantir a satisfação do interesse do franquiador em fixar em si ou no novo franquiado a clientela, PESTANA DE VASCONCELOS, *O Contrato de Franquia (Franchising)*, cit., pág. 122.

retirar-lhe parte dos benefícios que a actividade do franquiado lhe proporciona após a cessação do contrato.

O que a indemnização de clientela visa compensar é, portanto, a mais-valia que ao franquiador é proporcionado usufruir, sem contrapartida, após a cessação do contrato e que corresponde à valorização da clientela resultante da actividade do franquiado.

Assim, a finalidade que se atribui à cláusula de não concorrência no contrato de franquia gerará, no fundo, os mesmos efeitos da cessação do contrato, aos quais atrás nos referimos. Privado da utilização dos sinais distintivos e do saber-fazer, o franquiado deixará, pelo menos em alguma medida⁴⁰⁷, de ter acesso à clientela que lhe estivesse eventualmente ligada, a qual tenderá a manter-se fiel àqueles factores, continuando, desse modo, a estar acessível ao franquiador após a extinção do contrato.

Isto porque, na nossa perspectiva, tendo em consideração a especificidade do sistema negocial em que consiste a franquia, dificilmente se poderá afirmar que os clientes angariados pelo franquiado ficam estritamente ligados à sua pessoa ou às suas especiais qualidades. Se não é forçado aceitar que possa suceder haver clientela para a qual é absolutamente indiferente a pessoa que comercializa os produtos de uma determinada marca que ela procura (por exemplo, comprar roupa Benetton, consumir pizzas da Telepizza, dormir em hotéis Novotel ...), já relativamente ao franquiado não parece que o mesmo se possa concluir. Mesmo aqueles clientes que ele angaria não ficam unicamente ligados aos factores de atracção nele residentes, mas antes também aos representados pelos elementos imateriais do franquiador.

Ou seja, também no âmbito do contrato de franquia pode ocorrer, após a cessação do vínculo contratual, “uma “continuidade de clientela” susceptível de “continuar” a beneficiar”⁴⁰⁸ o franquiador.

⁴⁰⁷ DOMINGUEZ GARCIA, “Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor”, in *Revista de Derecho Mercantil*, cit., pág. 454, que refere suceder sempre, em maior ou menor medida, a perda da clientela por parte do distribuidor a favor do produtor. Aliás, o Autor chega mesmo a questionar (a fls. 483) se se pode falar de clientela do distribuidor em algum caso.

⁴⁰⁸ Referindo-se ao contrato de concessão comercial, vide PINTO MONTEIRO, *Contratos de Distribuição Comercial*, cit., págs. 166 e segs. e MARTÍNEZ SANZ, *La indemnización por clientela em los contratos de agencia y concesión*, cit., págs. 350 e segs.; no entanto MICHAEL MARTINEK, *Moderne Vertragstypen*, vol. II, *Franchising, Know-How-Verträge, Management-und Consultingverträge*, cit., pág. 157, afirma que uma “continuidade de atribuição” mais notória do que aquela que se verifica no contrato de franquia é “difícil de imaginar”. Em sentido contrário, vide CANDIDO PAZ-ARES, “La terminación de los contratos de distribución”, in *Advocatus*, cit., págs. 58 e segs., Autor que defende uma teoria que parece, apesar de tudo, pecar por algum radicalismo, ao afastar liminarmente a necessidade de compensar o franquiado (ou o concessionário) para restabelecer, no momento da

Pelo que, se da análise do caso concreto se vier a constatar que a mais-valia correspondente a essa persistência de vantagem a favor do franquiador adquire foros de considerabilidade equivalente à que justifica a atribuição ao agente da indemnização de clientela, não se vê como negar ao franquiado direito idêntico⁴⁰⁹.

O que, como afirmámos já, será de muito difícil verificação – diremos mesmo de excepcionalmente difícil comprovação⁴¹⁰ – é que a contribuição do franquiado possa ser de tal modo substancial que permita admitir que o benefício ao qual o franquiador continue a ter acesso após a cessação do contrato atinja aqueles necessários patamares de relevância.

4.3. A ausência de retribuição ao franquiado após a cessação do contrato

Refira-se, por fim, que quanto ao requisito previsto na alínea c) do n.º 1 do art. 33.º, o que pode dizer-se é que, tendo em conta as diferenças ao nível remuneratório entre os contratos de agência e de franquia, não parece ser aplicável a este último. De facto, a retribuição a que na norma em causa (concebida para o contrato de agência) se faz referência constitui um direito do agente, ao passo que no contrato de franquia, em que o franquiado adquire ao franquiador produtos para revenda ou os direitos de os fabricar e comercializar ou

cessação do contrato, o equilíbrio contratual. Afirma o Autor que “mediante a cessação *ad nutum* não se despoja o distribuidor de nada que alguma vez tivesse sido seu”, sendo que a única coisa que pode perder é a possibilidade de continuar a disfrutar de rendimentos sobrecompetitivos – as quasi-rendas – que têm a sua origem numa posição e nuns activos que correspondem ou pertencem ao principal. Por seu lado, CLAUDE CHAMPAUD, “La concession commerciale”, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Droit Économique*, 1963, págs. 478, considera que a perda da clientela no momento da extinção do contrato é uma eventualidade que o franquiado deve ter previsto no momento da celebração do contrato mas que aceita como contrapartida das vantagens que do mesmo lhe advêm, sobretudo da circunstância de poder beneficiar da exclusividade durante todo o período em que vigorou o contrato. Desse modo, considera o autor que a perda da clientela “é o preço que [o franquiado] há-de pagar pelo monopólio da revenda”.

⁴⁰⁹ A questão coloca-se, obviamente, nas situações em que não tenha sido convencionado entre as partes a atribuição ao franquiado de uma compensação, no final do contrato, que cumpra as mesmas finalidades da indemnização de clientela. Embora se reconheça ser extremamente difícil conceber a aceitação pelo franquiador da inserção no contrato de uma cláusula nesse sentido, existindo ela apenas haverá que atender ao pactado no contrato, em nome do princípio da autonomia da vontade.

⁴¹⁰ No único aresto que encontrámos na jurisprudência nacional no qual se aborda a questão [Ac. STJ de 09/01/2007, Proc. 06A4416 (Relator: Conselheiro Sebastião Póvoas), disponível em <http://www.dgsi.pt/>] decide-se não atender o pedido da condenação no pagamento da indemnização de clientela (que havia sido julgado procedente, em parte, na 1.ª instância, decisão que foi revogada na Relação), com fundamento de que “no contrato de franquia o dano de clientela só é indemnizável se alegada e provada a contribuição determinante e notória do franquiado para aumento e fidelização de clientela do franquiador.” Aliás, é curioso notar que na esmagadora maioria dos dissídios submetidos à apreciação e decisão dos nossos tribunais, não é raro a parte relativamente à qual é pedida a condenação no pagamento da indemnização de clientela colocar em questão a qualificação jurídica do contrato em causa (que as instâncias entendem quase sempre tratar-se de concessão comercial), argumentando que se trata antes de um contrato de franquia. Tal só pode ser entendido como uma estratégia para que a questão da compensação seja apreciada no âmbito deste último tipo contratual, no qual, como dissemos, é muito mais difícil provar a verificação dos requisitos para a respectiva atribuição.

ainda de prestar serviços sob os sinais distintivos deste, sempre por sua conta e risco, não existe qualquer retribuição que tenha de ser suportada pelo franquiador.

Ora, não recebendo o franquiado, pela sua actividade durante a execução do contrato, qualquer retribuição do franquiador, não faz sentido a aplicação a este contrato da norma prevista naquela alínea c) do nº 1 do art. 33º⁴¹¹.

A não ser que se admita uma sua interpretação no sentido de se referir a quaisquer proventos proporcionados pela anterior actividade do franquiado. Nesse caso, poderá eventualmente considerar-se relevante para a não verificação do requisito uma circunstância como a que é referida por alguma doutrina e que ALFARO ÁGUILA-REAL⁴¹² afirmou parecer frequente já em 1995: a prática levada a cabo pelo franquiador, de impor ao novo franquiado a obrigação de pagar uma determinada quantia (“a modo de “traspaso”) ao anterior franquiado, que representaria uma compensação pela “criação” da clientela por este último.

5. Cálculo da indemnização de clientela do franquiado

Quando haja lugar à atribuição da indemnização de clientela ao franquiado, coloca-se a questão de saber como se haverá que proceder para calcular o respectivo montante, tendo em conta as diferenças existentes, em matéria de remuneração, entre os contratos de agência de franquia⁴¹³.

De facto, no contrato de agência, o legislador estabelece para a determinação do valor a pagar a esse título um reporte ao montante das remunerações recebidas pelo agente, do principal, durante um determinado período da execução do contrato.

Ora, no contrato de franquia não será possível proceder a semelhante operação, dado que o franquiado não recebe qualquer remuneração do franquiador. A sua retribuição corresponde à diferença entre o preço de compra e o de revenda dos produtos que comercializa, isto é, à margem de revenda.

⁴¹¹ No mesmo sentido, embora relativamente ao contrato de concessão comercial, vide o Ac. RC de 16/03/1999, Proc. 1076/98 (Relator: Desembargador Francisco Caetano), disponível em <http://www.dgsi.pt/>

⁴¹² “Franchising”, in *Enciclopedia Jurídica Básica*, cit., pág. 3157.

⁴¹³ Esta falta de similitude, ao nível da retribuição, entre os contratos em causa tem sido mesmo destacada como uma das razões impeditivas da atribuição da indemnização de clientela ao franquiado. Neste sentido, vide JAVIER FONTCUBERTA LLANES, *El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela*, cit., págs. 278 e segs..

Na doutrina entendeu-se já serem dois os caminhos possíveis para calcular o valor da indemnização de clientela a que o franquiado tenha direito. Um deles consistiria em averiguar, recorrendo a um raciocínio hipotético, qual seria o montante que um agente colocado na situação desse concreto franquiado teria recebido a título de remunerações⁴¹⁴. O outro recorreria à equiparação da margem de revenda em que consiste a remuneração do franquiado às comissões que são pagas ao agente.⁴¹⁵

Embora ambas as formas indicadas encerrem dificuldades na tarefa de cálculo da compensação, parece que a primeira delas será aquela que menor valia terá, na medida em que a equiparação que pretende estabelecer é de difícil aplicação prática e, além disso, geradora de uma indesejável insegurança jurídica. Pode, efectivamente, ser de difícil concretização apurar o valor a atribuir com base no referido raciocínio hipotético, tendo em conta que a realidade a apreciar nem sempre é de molde a fornecer premissas válidas para formulação daquele juízo. É o que se verifica quando, por exemplo, a actividade do franquiado se insere numa área ou ramo em que não existe ou não é possível existir semelhança com a actividade do agente, como sucede nos casos de franquia de serviços ou de produção⁴¹⁶.

Quanto à segunda, embora alguma doutrina a repete igualmente de pouco préstimo, pelo facto de a sua consideração poder levar à atribuição de “compensações astronómicas”⁴¹⁷, parece-nos, apesar disso, ser aquela que merece ser sufragada. É que a objecção referida é passível de ser, em grande medida, ultrapassada. A lei determina que a indemnização de clientela é fixada com base na equidade⁴¹⁸. Sendo assim, o julgador terá sempre em consideração, na apreciação do caso concreto, circunstâncias que permitem reduzir o

⁴¹⁴ Vide MARTÍNEZ SANZ, “Contratos de Distribución Comercial: Concesión Y Franchising”, in *Scientia Iuridica*, Tomo XLIV, nºs 256/258, Braga, 1995, págs.. 357 e segs. e “En torno a las consecuencias patrimoniales de la extinción del contrato de distribución comercial (A propósito de la STS [Sala 1ª] de 27 de Mayo de 1993), in *Cuadernos de Derecho y Comercio*, cit., pág. 232.

⁴¹⁵ ELSA VAZ DE SEQUEIRA, “Contrato de franquia e indemnização de clientela”, in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Brito de Almeida Costa*, cit., pág. 484.

⁴¹⁶ ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos en las relaciones internas*, cit., págs.. 556 e segs.

⁴¹⁷ MARTÍNEZ SANZ, “Contratos de Distribución Comercial: Concesión Y Franchising”, in *Scientia Iuridica*, Tomo XLIV, nºs 256/258, Braga, 1995, pág.. 357.

⁴¹⁸ Como se diz no Ac. STJ de 07/07/2009, Proc. 704/09.9 (Relator: Conselheiro Fonseca Ramos), disponível em <http://www.dgsi.pt/>, a equidade é um “Termo de procedência latina (*aequitas*) com o significado etimológico e corrente de “igualdade”, “proporção”, “justiça”, “conveniência”, “moderação”, “indulgência”, é utilizado na linguagem da ética e das ciências jurídicas sobretudo para designar a adequação das leis humanas e do direito às necessidades sociais e às circunstâncias das situações singulares (a equidade é, por assim dizer, a “justiça do caso concreto”). A equidade ocupa um lugar muito importante no domínio da experiência jurídica, a ela se apelando para o desempenho de múltiplas funções práticas: interpretação e individualização das normas, correcção da lei, modelação da legalidade estrita e humanização do direito, [...] critério de decisão autónoma do julgador (juízo de equidade ou *ex aequo et bono*)” (Logos-Enciclopédia Luso-Brasileira de Filosofia, pág. 126).

montante a atribuir a título de indemnização de clientela, de modo a obviar a que essa atribuição possa reflectir um desequilíbrio entre as prestações das partes. É necessário não esquecer que na operação de cálculo do montante da indemnização de clientela a favor do franquiado deverão ser tidos em conta, no sentido da redução desse valor, factores que não têm paralelo no que respeita ao agente, como sejam o contributo da força atractiva da marca e dos restantes elementos imateriais pertencentes ao franquiador para a dimensão do volume de negócios do franquiado⁴¹⁹.

Estabelecendo a lei que o valor da indemnização de clientela a pagar ao agente há-de ser calculado a partir do montante das remunerações por ele recebidas, no caso do franquiado haverá de entender-se que o reporte há-de ser feito ao lucro que este obtenha da sua actividade no âmbito do contrato. Ao lucro líquido, dado que a remuneração mencionada tem o sentido de pagamento e este só pode referir-se a uma quantia líquida, isto é, a “uma quantia que serve para remunerar, que não está onerada por quaisquer encargos”.⁴²⁰

6. Conclusões

- a) Pelo contrato de franquia, um empresário, possuidor de um produto, serviço ou processo produtivo específicos, identificados por uma marca própria com evidente aceitação no mercado, concede a um outro empresário, mediante contrapartidas, o direito de, utilizando para o efeito a mesma fórmula ou conceito empresarial, produzir e/ou comercializar esses produtos ou serviços singulares.*
- b) O surgimento do contrato de franquia decorre do aprofundamento da ingerência do produtor no escoamento dos produtos no mercado, correspondendo a uma sua maior intervenção nesse processo, com a consequente perda, por parte do distribuidor, de autonomia na condução do negócio, resultante de um conjunto de obrigações a que este último está adstrito e que restringem a sua liberdade de actuação.*

⁴¹⁹ ECHEBARRÍA SÁENZ, *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos em las relaciones internas*, cit., págs.. 555 e segs., refere-se ao “efeito sinérgico do sistema”, que é obra do franquiador e de todos os franquiados.

⁴²⁰ Entre outros, os Acs. RL de 12/05/2009, Proc. 763/05.7 (Relator: Desembargador Abrantes Geraldês) e STJ de 22/09/2005, Proc. 05B1894 (Relator: Conselheiro Ferreira Girão) e de 23/11/2006, Proc. 06B2085 (Relator: Conselheiro Bettencourt de Faria), disponíveis em <http://www.dgsi.pt/>.

- c) *Ao exigir a colaboração estreita entre o produtor e o distribuidor, o sistema de franquia contribui para a flexibilização das estruturas empresariais e para uma gestão mais dinâmica da função de distribuição dos produtos, com o consequente aumento de respectiva penetração no mercado, respondendo mais eficazmente às necessidades cada vez mais sofisticadas e exigentes dos consumidores.*
- d) *A indemnização de clientela consiste no direito conferido ao agente (ou aos seus herdeiros) de reclamar do principal, finda a relação contratual e verificados determinados requisitos previstos na lei, o pagamento de uma quantia representativa da contrapartida do benefício que para este advém da circunstância de continuar a obter, para lá da extinção do contrato, proventos ainda relacionados com a actividade desenvolvida pelo agente na execução do mesmo.*
- e) *Na medida em que representa uma compensação destinada a remunerar o incremento da clientela e/ou do volume de negócios que a actividade do agente proporcionou ao principal e do qual este vai continuar a beneficiar após a cessação do contrato, a indemnização tem fundamento retributivo.*
- f) *A essencialidade dos elementos imateriais pertencentes ao franquizador como factores de atracção da clientela na franquia cerceia, de um modo muito significativo, a possibilidade de um eventual incremento da clientela pelo franquiado atingir os necessários patamares de substancialidade.*
- g) *A indispensabilidade de o franquiado pautar a actividade pela fidelidade ao negócio reproduzido coarctá-lhe a capacidade de tomar decisões sobre o seu próprio negócio.*
- h) *A “propriedade” da clientela deve ser reconduzida não directamente a qualquer dos contraentes ou a ambos, mas antes aos factores que são os responsáveis pela respectiva atracção e fidelização.*
- i) *No entanto, dado o relevo fundamental que adquirem, ao nível da atracção da clientela, os elementos proporcionados pelo franquizador, e que, aquando da extinção do contrato, o estabelecimento fica desprovido desses elementos essenciais, então não pode deixar de considerar-se que, na prática, a clientela*

acaba por “pertencer” sempre ao franquizador, na medida em que é ele o titular daqueles elementos.

- j) A indemnização de clientela tem sempre em vista o incremento da clientela e não a sua transferência.*
- k) É fundamentalmente pela integração do franquiado na rede de distribuição do franquizador, com todas as consequências daí decorrentes em termos de colaboração entre as partes e de promoção dos produtos deste último, que é possível descortinar uma aproximação entre os contratos de franquia e de agência, em termos de justificar a aplicação ao primeiro deles o regime previsto para o último.*
- l) Nas situações em que ao franquiado seja reconhecido ter contribuído com a sua actividade para a criação de clientela ou o aumento substancial do volume de negócios do franquizador, a sua situação no momento da cessação do contrato, com a perda, não retribuída, da mais-valia criada em favor da contraparte, será bastante semelhante à do agente. Pelo que é possível admitir - ou, pelo menos, não será de afastar liminar e absolutamente – o reconhecimento, por via analógica, ao franquiado do direito à indemnização de clientela prevista para o agente.*

RESUMO

1. Através do contrato de franquia, um empresário, possuidor de um produto, serviço ou processo produtivo específicos, identificados por uma marca própria com evidente aceitação no mercado, concede a um outro empresário, mediante contrapartidas, o direito de, utilizando para o efeito a mesma fórmula ou conceito empresarial, produzir e/ou comercializar esses produtos ou serviços singulares

São várias as modalidades que a franquia pode assumir, consoante os critérios utilizados. De acordo com o mais citado, o da actividade económica objecto do contrato, a franquia pode ser de produção ou industrial, de serviços e de distribuição.

O contrato de franquia é um contrato atípico/socialmente típico, oneroso, de adesão, misto/complexo, de colaboração empresarial, comercial e de distribuição.

As razões habitualmente aduzidas para distinguir o contrato de franquia de outros afins são a circunstância de o franquiado exercer a sua actividade agindo por conta própria (relativamente ao contrato de agência) e a muito mais acentuada e extensa ingerência do franquiador na actividade do franquiado (em relação ao contrato de concessão).

São obrigações essenciais no contrato de franquia a cedência de uso de marca e outros sinais distintivos, a transmissão de saber-fazer e a prestação de assistência técnica, a cargo do franquiador e a obrigação de explorar a franquia, o pagamento de contrapartida pelas prestações do franquiador e a obrigação de suportar o controlo da actividade pelo franquiador, por parte do franquiado.

Dada a sua atipicidade, o contrato de franquia não dispõe de um regime legal próprio, nomeadamente no que respeita à respectiva cessação.

2. A indemnização de clientela consiste no direito conferido ao agente (ou aos seus herdeiros) de reclamar do principal, finda a relação contratual e verificados determinados requisitos previstos na lei, o pagamento de uma quantia representativa da contrapartida do benefício que para este advém da circunstância de continuar a obter, para lá da extinção do contrato, proventos ainda relacionados com a actividade desenvolvida pelo agente na execução do mesmo.

Tendo surgido pela primeira vez na Áustria, nos anos vinte do século passado, a sua consagração legal no nosso país ocorreu com a publicação do Dec.-Lei 178/86, de 3 de Julho

(alterado pelo Dec.-Lei 118/93, de 13 de Abril, que transpôs para a ordem jurídica interna a Directiva 86/653/CEE do Conselho, de 18/12/1986), o qual aprovou o regime jurídico do contrato de agência, estando o respectivo regime previsto nos seus arts. 33º e 34º.

Pressupostos da aquisição de tal direito são a criação de clientela ou o aumento substancial do volume de negócios do principal atribuível à actuação do agente e ainda, extinto o contrato, a susceptibilidade de o principal continuar a usufruir de benefícios consideráveis ainda relacionados com a actividade do agente e a ausência de retribuição ao agente, por contratos negociados ou concluídos com clientes por si angariados.

Sobre o fundamento da indemnização de clientela verifica-se, desde há muito, intenso e controvertido debate, apontando-se-lhe carácter umas vezes ressarcitório, outras retributivo ou, ainda, defendendo-se que constitui a aplicação do princípio geral do enriquecimento sem causa.

3. A extensão analógica da indemnização de clientela ao franquiado constitui uma das questões mais debatidas no âmbito do contrato de franquia, dividindo-se as posições entre a exclusão pura e simples daquela aplicação e a sua admissão em situações concretas muito restritas.

É fundamentalmente pela integração do franquiado na rede de distribuição do franquiador, com todas as consequências daí decorrentes em termos de colaboração entre as partes e de promoção dos produtos deste último, que é possível descortinar uma aproximação entre os contratos de franquia e de agência, em termos de justificar a aplicação ao primeiro deles do regime prevista para o último.

Pelo que, visando a indemnização de clientela compensar o agente pelos benefícios que o principal continua a poder auferir com a clientela por ele angariada ou desenvolvida, nas situações em que ao franquiado seja reconhecida idêntica contribuição a favor do franquiador, a sua situação no momento da cessação do contrato, com a perda, não retribuída, dessa mais-valia criada em favor da contraparte, será passível de se assemelhar à do agente, podendo justificar um tratamento idêntico ao nível daquela compensação.

Isso não obstante se afigure muito difícil a verificação, relativamente ao franquiado, dos requisitos tendentes à aquisição do direito à indemnização de clientela, tendo em conta que a essencialidade dos elementos imateriais pertencentes ao franquiador na atracção da clientela

limita fortemente a possibilidade de um eventual incremento da mesma pelo franquiado atingir os necessários patamares de substancialidade.

Admitindo-se – ou, pelo menos, não se afastando em termos absolutos – o reconhecimento ao franquiado do direito à indenização de clientela, será da análise das circunstâncias do caso concreto que deverá resultar uma situação semelhante àquela que conduz ao preenchimento dos requisitos previstos na lei para a sua atribuição ao agente.

Palavras-chave: força da marca, integração, compensação, equilíbrio, analogia.

ABSTRACT

1. Through the franchise agreement, a businessman, owner of a product, service or production process, as identified by a trademark with clear market acceptance, gives another entrepreneur, with counterparts, the right of using for this purpose the same formula or business concept, to produce and / or market such products or single services.

There are several ways in which the franchise can take place, depending on the criteria used. According to the most cited, the one of the economic activity covered by the contract, the franchise may be of production or industrial, of services and of distribution.

The franchise agreement is an atypical / socially typical, onerous, standard, mixed-purpose contract, of business collaboration and commercial and distribution activities.

Common reasons given for distinguishing the franchise agreement from other are similar ones are the fact that the franchisee carries on business on their own behalf (in relation to the agency agreement) and the much more pronounced and extensive interference of the franchiser in the activities of the franchisee (in relation to the concession contract).

Essential undertakings in the franchise agreement are the assignment of trademark and other distinctive signs, the transmission of know-how and technical assistance, for which the franchiser is responsible and the obligation to operate the franchise, the payment of consideration for the services of the franchiser and the obligation, by the franchisee, to support the monitoring of activity by the franchiser,.

Given its atypical nature, the franchise agreement has no legal framework itself, particularly with regard to their termination.

2. Compensation for goodwill is the right granted to the agent (or their heirs) to claim an amount to be paid by the principal, after the contractual relationship ends and according to certain requirements prescribed by law, that is representative of the consideration of the benefit that they continue to achieve beyond the termination of the contract, income which is related to the activity of the agent during its execution.

Having first appeared in Austria in the twenties of the last century, its legal constitution took place in our country with the publication of Decree-Law 178/86, of July 3

(amended by Decree-Law 118/93, 13 April, which transposed into our national law the Directive 86/653/EEC of the Council of 12.18.1986), which approved the legal framework of the agency contract in its Articles 33 and 34.

Assumptions of the acquisition of such rights are the creation of customers or a substantial increase in turnover attributable to the main action of the agent and also, with the termination of the contract, the susceptibility of the principal to continue to enjoy considerable benefits still related to the activity of the agent and the lack of consideration to the agent, for negotiated contracts or agreements with clients that he raised.

On the origins of compensation for goodwill an intense and controversial debate has been going on for quite some time, pointing out its compensatory character at times, other times a retributive one, or yet defending that it constitutes the application of the general principle of unjust enrichment.

3. The extension of the compensation claims by analogy to the franchisee is one of the most debated issues within the franchise agreement, the positions being divided into the outright exclusion of that application and their admission in very restrict concrete situations.

It is essentially the integration of the franchisee in the franchisor's distribution network, with all its consequences in terms of collaboration between the parties and promoting the products of the latter, that makes it possible to discern a connection between franchising and agency contract in terms of justifying the application to the first of the framework contemplated for the last.

Therefore, compensation for goodwill seeking to compensate the agent by the benefits that the principal can still obtain with customers touted or developed by the agent, in situations where the franchisee is recognized identical contribution in favor of the franchisor, their situation at the time of termination, with the loss, not reciprocated, of that added value created in favor of the counterparty, is likely to resemble that of the agent and may warrant treatment similar to that compensation level.

Notwithstanding it appears very difficult to verify, for the franchisee, the requirements leading to the acquisition of the right to compensation claims, taking into account that the essentiality of the intangible elements belonging to the franchiser in attracting

the clientele strongly limits the possibility of an eventual increase by the same franchisee to achieve the necessary levels of substantiality.

Granted - or at least not farther away in absolute terms - the recognition of the franchisee's right to compensation for goodwill, it will be by analyzing the circumstances of each particular case that a situation should arise similar to that which leads to the fulfillment of the requirements in law for their allocation to the agent.

Keywords: brand's relevance, integration, compensation, equality, analogy.

REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS

ABREU, Jorge Coutinho de – *Da Empresarialidade (As Empresas no Direito)*, Livraria Almedina, Coimbra, 1996

ADAMS, John / JONES, K. V. Prichard – *Franchising – Practice and precedents in business format franchising*, London, Butterworths, 1981, págs. 9 e segs.

ÁGUILA-REAL, J. Alfaro – “Franchising”, in *Enciclopedia Jurídica Básica*, Civitas, Madrid, 1995

ALEXANDRE, Isabel – “O Contrato de Franquia (Franchising)”, in *O Direito*, Ano 123º, 1991, I

ALMEIDA, António Pereira de – *Sociedades Comerciais e Valores Mobiliários*, 5ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2008

ANDRADE, Manuel A. Domingues de – *Teoria Geral da Relação Jurídica*, vol. II, 9ª reimp., Livraria Almedina, Coimbra, 2003

ANTUNES, José Engrácia – “Os contratos de cooperação empresarial”, in *Scientia Iurídica*, Tomo LVIII, nº 318, Braga, 2009

ASCENSÃO, José Oliveira – *Direito Comercial*, vol. II (Direito Industrial), Lisboa, 1994

BALDI, Roberto – *Il Contratto di Agenzia, La Concessione di Vendita, Il Franchising*, 8ª edição, Giuffrè Editore, Milão, 2008

BARATA, Carlos Lacerda – *Anotações ao Novo Regime do Contrato de Agência*, Lex, Lisboa, 1994

BARROCAS, Manuel Pereira – “O Contrato de “Franchising”, in *ROA*, 49, 1989

BENSOUSSAN, Hubert – “Franchise: l’exclusivité territoriale vidée de sa substance”, n *Recueil Dalloz*, Paris, 2000, nº 41

BERETTA, Matteo – “Tutela della concorrenza e franchising: l’esperienza statunitense”, in *I Contratti della Distribuzione Commerciale . La disciplina comunitaria, l’ordinamento interno*, EGEA, Milão, 1993

BERMÚDEZ GONZÁLEZ, Guillermo J. – *La franquicia: elementos, relaciones y estrategias*, ESIC, Madrid, 2002

BESCÓS TORRES, Modesto – *Factoring y Franchising*, Ediciones Pirâmide, Madrid, 1990

BESSIS, Philippe – *Le Contrat de Franchisage*, LGDJ, Paris, 1990

BOLINA, Helena Magalhães – “O direito à indemnização de clientela no contrato de franquia”, in *Revista Jurídica (AAFDL)*, nº 21, Junho/2007

BORTOLOTTI, Fabio – “Concessione di vendita, franchising e altri contratti di distribuzione. Normativa antitrust. Contratti internazionali di distribuzione”, in *Manuale di Diritto della Distribuzione*, vol. II, Cedam, Milão, 2007

BRITO, Maria Helena – “O Contrato de Agência”, in *Novas Perspectivas do Direito Comercial*, FDUCL/CEJ, Livraria Almedina, Coimbra, 1988

BRITO, Maria Helena – *Contrato de Concessão Comercial*, Livraria Almedina, Coimbra, 1990

BUSSANI, Mauro / CENDON, Paolo – *Contratti Nuovi (casi e materiali di dottrina e giurisprudenza) – Leasing, Factoring, Franchising*, Giuffrè Editore, Milão, 1989

CAGNASSO, Oreste – “La natura del contratto di franchising”, in *I Contratti Della Distribuzione Commerciale, La Disciplina Comunitaria, L’Ordinamento Interno*, EGEA, Milão, 1993

CANARIS, Claus-Wilhelm – *Handelsrecht*, 22ª edição, München, 1995

CARDELÚS, Lluís – *El Contrato de Franchising*, PPU, Barcelona, 1988

CHAMPAUD, Claude – “La concession commerciale”, in *Revue Trimestrielle de Droit Commercial et Droit Économique*, 1963

CHULIA VICENT, Eduardo / BELTRAN ALANDETE, Teresa – *Aspectos Juridicos de los Contratos Atípicos*, Tomo I, *Factoring, Joint Venture, Tarjetas de Crédito, Franquicia y Know-how*, Jose Maria Bosch Eitor, SA, Barcelona, 1992

COELHO, Francisco Manuel de Brito Pereira – *Contratos complexos e complexos contratuais*, FDUC, Coimbra, 2008

COGGI, Fiammeta – “Le condizioni di fine rapporto”, in *I Contratti di Franchising – Organizzazione e controllo di rete*, EGEA, Milão, 1990

CORDEIRO, António Menezes – “Do contrato de franquia (“franchising”): autonomia privada versus tipicidade negocial”, in ROA, Ano 48, I, 1988

CORDEIRO, António Menezes – *Manual de Direito Comercial*, I vol., Livraria Almedina, Coimbra, 2001

CORREIA, António Ferrer – *Lições de Direito Comercial*, I vol., ed. policop., Coimbra, 1968

CUNHA, Carolina – *A indemnização de clientela do agente comercial*, Studia Iuridica, 71, Coimbra Editora, 2003

DASSI, Anna – *Il contratto di Franchising*, Enciclopedia Diritto Privato, Cedam, Pádua, 2006

DE HALLER, Thierry – *Le contrat de franchise en droit suisse*, Imprimeries Populaires, Lausanne, 1978

DE THEUX, Axel – *La fin du contrat d’agence commerciale*, Bruylant, Bruxelas, 1997

DE THEUX, Axel – *Le statut européen de l’agent comercial - Approche critique de droit comparé*, FUSL, Bruxelas, 1992

DEL CAMPO, Susana Andrés – *Estereotipos de Género en la Publicidad de la Segunda República Española: Crónica y Blanco y Negro*, FCI/UCM, Madrid, 2002

DELLI PRISCOLI, Lorenzo – *Franchising e tutela dell’affiliato*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Giuffrè Editore, Milão, 2000, pág. 141.

DIAS, Maria Gabriela Figueiredo – *A assistência técnica nos contratos de know-how*, Studia Iuridica, BFDUC, Coimbra, 1995

Dicionário de Inglês-Português, 3ª edição, Porto Editora, Porto, 1998

Dicionário de Língua Portuguesa, Porto Editora, 2009

DÍEZ DE CASTRO, Enrique Carlos – *El Sistema de Franquicia, Fundamentos Teóricos y Prácticos*, Ediciones Pirámide, Madrid, 2005

DOMINGUEZ GARCIA, Manuel António – “Aproximación al régimen jurídico de los contratos de distribución. Especial referencia a la tutela del distribuidor”, in *Revista de Derecho Mercantil*, Madrid, 1985

DUARTE, Rui Pinto – “A jurisprudência portuguesa sobre a aplicação da indemnização de clientela ao contrato de concessão comercial – Algumas observações”, in *Themis*, Ano II, nº 3, Livraria Almedina, Coimbra, 2001

DUQUE, Mónica – *Da indemnização de clientela no contrato de agência*, Dissertação de mestrado não publicada, Coimbra, 1997

ECHEBARRÍA SÁENZ, Joseba Aitor – *El Contrato de Franquicia, Definición Y conflictos em las relaciones internas*, McGraw-Hill, Madrid, 1995

FAUCEGLIA, Giuseppe – *Il Franchising: Profili Sistematici e Contrattuali*, Quaderni di Giurisprudenza Commerciale, Giuffrè Editore, Milão, 1988

FERNANDES, António Monteiro, *Noções Fundamentais de Direito do Trabalho*, Livraria Almedina, Coimbra, 1979

FERRAZ, Daniel Amin – *Joint Venture e Contratos Internacionais*, Mandamentos Editora, Belo Horizonte, 2001

FERRIER, Didier, *Droit de La Distribution*, Litec, Paris, 1995

FRIGNANI, Aldo – *Factoring, Leasing, Franchising, Venture Capital, Concorrenza*, 3ª edição, G. Giappichelli-Editore, Turim, 1987

FUENTES CAMACHO, Victor – “Los contratos internacionales de franquicia y el derecho internacional privado: una aproximación en clave de “acesso””, in *Anuário Español de Derecho Internacional Privado*, Tomo I, Iprolex, Madrid, 2001

GALLEGO SÁNCHEZ, Esperanza – *La Franquicia*, Editorial Trivium, Madrid, 1991

GALIMBERTI, Gianmaria – *Il Franchising*, Giuffrè Editore, Milão, 1991

GIESLER, Patrick – “Die Rückabwicklung gescheiterter Franchiseverhältnisse”, in *Zeitschrift für Wirtschafts-und Bankrecht*, nº 31, Agosto 2001, Wertpapier-Mitteilungen

GIMÉNEZ, Aurora Hernando – *El Contrato de Franquicia de Empresa*, Civitas, Madrid, 2000

GOMES, Januário – “Apontamentos sobre o Contrato de Agência”, in *Tribuna da Justiça*, 3 (1990)

GOMES, Januário – Contrato de Franquia (Franchising), in *Revista do Comércio*, nº 4, 1990

GOMEZ SÉGADE, J. A. – *El secreto industrial (know-how). Concepto y protección*, Ed. Tecnos, Madrid, 1974

GORJÃO-HENRIQUES, Miguel – *Da restrição da concorrência na Comunidade Europeia: a franquia de distribuição*, Livraria Almedina, Coimbra, 1998

LARRUMBE LARA, Carlos – “Problemas prácticos em la aplicación de la ley sobre contrato de agência”, in *Contrato de agencia, distribución y franquicia, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006

LÁZARO SÁNCHEZ, Emílio L. – “El Contrato de Franquicia (Aspectos Básicos)”, in *Anales de Derecho*, nº 18, Universidad de Murcia, 2000

LE TOURNEAU, Philippe – *Le Franchisage*, Economica, Paris, 1994

LEITÃO, Luís Meneses – *A indemnização de clientela no contrato de agência*, Livraria Almedina, Coimbra, 2006

LELOUP, Jean-Marie – *La Franchise – Droit e Pratique*, 2ª ed. Delmas, Paris, 1991

LIMA, Pires de / VARELA, Antunes, *Noções Fundamentais de Direito Civil*, 1º vol., 6ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 1973

LLANES, Javier Fontcuberta – *El contrato de distribución de bienes de consumo y la llamada indemnización por clientela*, Esade Alumni, Marcial Pons, Madrid, 2009

MACHADO, João Baptista – “Anotação ao Acórdão do STJ de 17/04/1986”, in *RLJ*, ano 120º, nº 3759

MARTINEK, Michael – *Moderne Vertragstypen*, vol. II, *Franchising, Know-How-Verträge, Management-und Consultingverträge*, C.H. BECK’S, Munique, 1992

MARTÍNEZ SANZ, Fernando – “En torno a las consecuencias patrimoniales de la extinción del contrato de distribución comercial (A propósito de la STS [Sala 1ª] de 27 de Mayo de 1993), in *Cuadernos de Derecho y Comercio*, num. 12, dic. 1993

MARTÍNEZ SANZ, Fernando – “Contratos de Distribución Comercial: Concesión Y Franchising”, in *Scientia Iuridica*, Tomo XLIV, nºs 256/258, Braga, 1995

MARTÍNEZ SANZ, Fernando – *La indemnización por clientela em los contratos de agencia y concesión*, 2ª edição, Civitas, Madrid, 1998

MARTINEZ, Pedro Romano – *Contratos em Especial*, 2ª ed., UCP, Lisboa, 1996

MARTINEZ, Pedro Romano – *Da Cessação do Contrato*, Livraria Almedina, Coimbra, 2005

MATHIEU, Paul-André – *La nature juridique du contrato de franchise*, Éditions Yvon Blais, Cowansville (Québec), 1989

MATRAY, Christine – *Le Contrat de Franchise*, Les Dossiers du Journal des Tribunaux, nº 1, Maison Larcier, Bruxelles, 1992

MAYORGA TOLEDANO, María Cruz, *El contrato mercantil de franquicia*, 2ª ed., Editorial Comares, Granada, 2007

MENDELSON, Martin – (*The Guide to Franchising*) *Guia Prática de La Franquicia*, trad. de Rafael Barrena, 4ª ed., Bilbao, 1989

MESQUITA, José Andrade – “Notas acerca do contrato de franchising”, in *Boletim do Conselho Nacional do Plano*, nº 14, 1988

MONTEIRO, António Pinto – “Contratos de agência, de concessão e de franquia (“franchising”)", in *Estudos em Homenagem ao Prof. Doutor Eduardo Correia*, Separata do número especial do BFD, Coimbra, 1989

MONTEIRO, António Pinto – *Anteprojecto do Contrato de Agência*, in *BMJ*, nº 360, 1986

MONTEIRO, António Pinto – “Denúncia de um contrato de concessão comercial - anotação ao Acórdão do STJ de 27/06/1995”, in *RLJ*, Ano 130º, nº. 3878

MONTEIRO, António Pinto – *Contrato de Agência, Anotação ao Dec.-Lei nº 178/86, de 3 de Julho*, 5ª ed. Actualizada, Livraria Almedina, Coimbra, 2004

MONTEIRO, António Pinto – *Contratos de Distribuição Comercial*, Livraria Almedina, Coimbra, 2001

NEVES, A. Castanheira – *Metodologia Jurídica. Problemas fundamentais*, Studia Iuridica, Coimbra Editora, Coimbra, 1993

OLAVO, Carlos – “O Contrato de Franchising”, in *Novas perspectivas de Direito Comercial*, FDL-CEJ, Coimbra, 1988

OLAVO, Carlos – *Propriedade Industrial*, Livraria Almedina, Coimbra, 1997

OLINS, Wally – *A Marca*, trad. Miguel Ribeiro de Almeida, Editorial Verbo, Lisboa, 2005

PARDOLESI, Roberto – *I Contratti di Distribuzione*, Editore Jovene, Nápoles, 1979

PAZ-ARES, Candido – “La terminación de los contratos de distribución”, in *Advocatus*, nº 8, FDUL, Lima, 2003

PEREIRA, Alberto Amorim – O Contrato de “Joint Venture”, Conceito e Prática”, in *ROA*, Dezembro de 1988

PEREIRA, Alexandre Libório – “Da Franquia de Empresa (Franchising)”, in *BFDUC*, vol. LXXIII, Coimbra, 1997

PEREIRA, Maria Adozinda Barbosa – “Contrato de Trabalho – Contrato de Agência – Distinção”, in *RMP*, 94, Ano 24, Abr./Jun/ 2003, págs. 149 e segs..

PINTO, Carlos Alberto da Mota – *Teoria Geral do Direito Civil*, 4ª edição, Coimbra Editora, Coimbra, 2005

PINTO, Carlos Eduardo Ferraz – *O direito à indemnização de clientela no contrato de franquia em Angola*, Coimbra Editora, Coimbra, 2010

PIZARRO, Sebastião Nóbrega / CALIXTO, Margarida Mendes – *Contratos Financeiros*, Livraria Almedina, Coimbra, 1995

PORTO, Paulo Lopes / BARBADILLO DE MARIA, Santiago – *Franchising Passo a Passo*, Edições IPAM, Porto, 2003

PRATA, Ana – *Dicionário Jurídico*, 4ª Edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2005

RIBEIRO, Ana Paula – *O Contrato de Franquia (Franchising) – No Direito Interno e no Direito Internacional*, Tempus Editores, Lisboa, 1994

RIBEIRO, Maria de Fátima – *O contrato de Franquia (Franchising) - Noção, natureza Jurídica e aspectos fundamentais do regime*, Livraria Almedina, Coimbra, 2001

RIBEIRO, Maria de Fátima – “O contrato de Franquia (Franchising”, in *Direito e Justiça*, vol. XIX, tomo I, FDUCP, 2005

RIGOL GASSET, Jaume – *La franquicia. Una estrategia de expansion*, EINIA, Barcelona, 1992

ROTONDI, Mário – “O aviamento na teoria geral do estabelecimento comercial” , in *Jornal do Foro*, ano 21, Lisboa, 1957

RUIZ PERIS, Juan Ignacio – *El contrato de franquicia y las nuevas normas de defensa de la competencia*, Civitas, Madrid, 1991

RUIZ, Catalina Ruiz-Rico – *El Contrato de Franquicia y sus Limites Jurídicos, Problemática Actual*, Tirant lo Blanch, Valência, 2008

SÁ, Almeno de – *Cláusulas contratuais gerais e directivas sobre cláusulas abusivas*, 2ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2001

SACARRERA, Enrique Guardiola – *Contratos de colaboración en el comercio internacional*, Bosch, Barcelona, 1998

SÁNCHEZ, María Rosa Tapia – *La extinción de los contratos de distribución y agencia como presupuesto de la indemnización por clientela*, consultado em <http://institutomercadoycompetencia.com/>

SANTOS, Filipe Cassiano dos – “Transmissão e cessação de contratos comerciais: direito comercial e direito civil nas relações comerciais”, in *Nos 20 anos do Código das Sociedades Comerciais, Homenagem aos Profs. Doutores A. Ferrer Correia, Orlando de Carvalho e Vasco Lobo Xavier*, Coimbra Editora, Coimbra, 2007

SENDIM, Paulo Melero – *Lições de Direito Comercial*, policopiadas, UCP, Lisboa, 1973

SEIJO, José Fernández, “Contratos mestizos”, problemática de los contratos vinculados al de agencia, distribución y franquicia”, in *Contrato de agencia, distribución y franquicia, Cuadernos de Derecho Judicial*, Consejo General del Poder Judicial, Madrid, 2006

SEQUEIRA, Elsa Vaz de – “Contrato de franquia e indemnização de clientela”, in *Estudos dedicados ao Prof. Doutor Mário Júlio Brito de Almeida Costa*, Universidade Católica, 2002

SERRA, Adriano Vaz – “Anotação ao Acórdão do STJ de 07/03/1969”, in *RLJ*, ano 1970, nº 3420

SERRA, Adriano Vaz – “Anotação ao Acórdão do STJ de 8 de Junho de 1978”, in *RLJ*, nº 3635, ano 1979

SILVA, Hugo Daniel Lança da – *A função publicitária da marca de empresa no direito português*, Teses, Verbo Jurídico, 2009

SIMÕES, M. Barata – *Franchising, franquia, inovação e crescimento*, Texto Editora, Lisboa, 1991

STEINMANN, Thomas / KENEL, Philippe / BILLOTTE, Imogen – *Le contrat d’agence commerciale en Europe*, Bruylant, Bruxelas, 2005

STRAUCH, Manfred – “Les dispositions juridiques applicables au contrat de franchise”, in *Revue de Droit des Affaires Internationales*, nº 5, 1986

VACCÀ, Cesare – “Gli Accordi di Franchising, Il controllo sulla formazione del contratto e le condizioni di fine rapporto”, in *Diritto del Commercio Internazionale*, 4.1, Giuffré Editore, Milão, Janeiro-Junho 1990

VALLES, Edgar – *Consórcio, ACE e Outras Figuras*, Livraria Almedina, Coimbra, 2007

VARELA, João de Matos Antunes – *Das obrigações em geral*, vol. I, 10ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2003

VARELA, João de Matos Antunes – *Das obrigações em geral*, vol. II, 7ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 1997

VASCONCELOS, Joana – “Cessação do contrato de agência e indemnização de clientela – algumas questões suscitadas pela jurisprudência relativa ao DL nº 178/86”, in *Direito e Justiça*, vol. XVI, tomo I, 2002

VASCONCELOS, Luís Pestana de – *O Contrato de Franquia (Franchising)*, Livraria Almedina, Coimbra, 2000

VASCONCELOS, Pedro Pais – *Contratos Atípicos*, reimp. 1ª edição, Livraria Almedina, Coimbra, 2002

VIGNY, Jacques – *La distribution – Structures es pratiques*, Dalloz, Paris, 1994

REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS

Ac. RL de 07/10/1993, Proc. 7204 (Relator: Desembargador Ferreira Girão), in *CJ*, 1993, IV, pág. 133 e segs.

Ac. RC de 12/01/1999, Proc. nº 1114/98 (Relatora: Desembargadora Maria Regina Rosa), in *CJ*, Ano XXIV, tomo I, págs. 5 e segs.

Ac. RC de 16/03/1999, Proc. 1076/98 (Relator: Desembargador Francisco Caetano), disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Ac. RL de 29/04/2003, Proc. L03A1035 (Relator: Desembargador Ferreira Girão), disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Ac. RL de 23/09/2003, Proc. 5114/03 (Relator: Desembargador Tomé Gomes), in *CJ*, 2003, Ano XVIII, tomo IV, pág. 57 e segs

Ac. STJ de 22/09/2005, Proc. 05B1894 (Relator: Conselheiro Ferreira Girão), disponível em <http://www.dgsi.pt/>.

Ac. RC de 10/01/2006, Proc. 2659/05 (Relator: Desembargador Nunes Ribeiro), disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Ac. RL de 14/02/2006, Proc. 10878/2005 (Relator: Desembargador Pimentel Marcos), disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Ac. STJ de 07/03/2006, Proc. 27/06 (Relator: Conselheiro Alves Velho), in *CJ*, 189, 2006, I, pág. 108, on

Ac. STJ de 23/11/2006, Proc.06B2085 (Relator: Conselheiro Bettencourt de Faria), disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Ac. STJ de 09/01/2007, Proc. 06A4416 (Relator: Conselheiro Sebastião Póvoas), disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Ac. RL de 29/03/2007, Proc. 2985/06-6 (Relator: Desembargador Aguiar Pereira) disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Ac. STJ de 13/09/2007, Proc.07B1958 (Relator: Conselheiro Alberto Sobrinho), disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Ac. RL de 27/09/2007, Proc. 6592/2007 (Relator: Desembargador Carlos Valverde), disponível em <http://www.dgsi.pt/>,

Ac. STJ de 15/11/2007, Proc. 07B3933 (Relator: Conselheiro Salvador da Costa), disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Ac. STJ de 05/03/2009, Proc.09B0297 (Relator: Conselheiro Alberto Sobrinho), disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Ac. STJ de 07/07/2009, Proc. 704/09.9 (Relator: Conselheiro Fonseca Ramos), disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Ac. STJ de 10/12/2009, Proc. 763/05.7TVLSB.S1 (Relator: Conselheiro Hélder Roque), disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Ac. RL de 21/01/2010, Proc. 1209/08.4TJLSB (Relatora: Desembargadora Ondina Carmo Alves), disponível em <http://www.dgsi.pt/>

Ac. STJ de 11/11/2010, Proc. 4749/03.8 (Relatora: Conselheira Maria dos Prazeres Pizarro Beleza), disponível em <http://www.dgsi.pt/>

ÍNDICE

ABREVIATURAS	2
INTRODUÇÃO	3
I – O CONTRATO DE FRANQUIA	5
1. Origem e antecedentes históricos	5
2. Modalidades do contrato de franquia	9
2.1. Franquia de produção ou industrial	9
2.2. Franquia de serviços	11
2.3. Franquia de distribuição.....	12
2.4. Franquia principal (ou “master-franchising”).....	12
2.5. Franquia parcial (“franchise corner”)	13
3. Conceito.....	14
4. Caracterização do contrato de franquia	19
4.1. Contrato atípico/socialmente típico	19
4.2. Contrato oneroso.....	22
4.3. Contrato de adesão.....	22
4.4. Contrato misto/complexo.....	24
4.5. Contrato de colaboração empresarial.....	26
4.6. Contrato comercial.....	28
4.7. Contrato de distribuição.....	30
5. Vantagens e desvantagens da franquia	33
5.1. A função económica do contrato de franquia	33
5.2. Vantagens do contrato de franquia	34
5.2.1. Do ponto de vista do franquizador	35
5.2.2. Do ponto de vista do franquiado.....	36
5.2.3. Do ponto de vista do consumidor	38
5.3. Desvantagens do contrato de franquia	39
5.3.1. Na perspectiva do franquizador	39
5.3.2. Na perspectiva do franquiado	40

6. Conteúdo do contrato de franquia	41
6.1. Elementos subjectivos.....	41
6.2. Elementos objectivos	42
6.2.1. Obrigações do franquizador.....	42
6.2.1.1. Cedência de uso de marca e outros sinais distintivos	42
6.2.1.2. Transmissão de saber-fazer (“know-how”)	43
6.2.1.2.1. Características do saber-fazer	45
6.2.1.3. Prestação de assistência técnica.....	45
6.2.1.4. Prestação de serviços não incluídos na assistência técnica.....	47
6.2.1.5. Cláusula de exclusividade territorial.....	48
6.2.1.6. Retoma de stocks	51
6.2.2. Obrigações do franquiado	51
6.2.2.1. Obrigação de explorar a franquia.....	51
6.2.2.2. Pagamento de contrapartidas pelas prestações de franquizador	52
6.2.2.3. Obrigação de suportar o controlo da actividade pelo franquizador.....	56
6.2.2.4. Proibição de deslocação do estabelecimento	59
6.2.2.5. Obrigação de não concorrência.....	60
6.2.2.6. Obrigação de segredo.....	62
6.2.2.7. Cláusula de publicidade	63
6.2.2.8. Obrigação de abastecimento exclusivo.....	64
6.2.2.9. Manutenção de stocks mínimos.....	66
6.2.2.10. Proibição da cessão da posição contratual	67
7. Distinção de figuras afins	67
7.1. Contrato de agência	67
7.2. Contrato de concessão comercial.....	69
7.3. Contrato de transmissão de “know-how”	72
7.4. Contrato de “joint venture”	73
7.5. Contrato de sociedade	75
8. Cessação do contrato de franquia	76
8.1. O mútuo acordo	77
8.2. Caducidade.....	77
8.3. Denúncia	80
8.4. Resolução.....	83

II – A INDEMNIZAÇÃO DE CLIENTELA	86
1. A indemnização de clientela como especificidade do contrato de agência	86
2. Aparecimento e evolução histórica.....	90
3. Noção	97
4. Pressupostos de aquisição do direito	98
4.1. A extinção do contrato.....	98
4.2. A criação de clientela ou o aumento substancial do volume de negócios do principal, resultantes da actividade do agente.....	100
4.3. A susceptibilidade de o principal continuar a usufruir, extinto o contrato, de nebenefícios consideráveis ainda relacionados com a actividade do agente.....	103
4.4. A ausência de retribuição ao agente, por contratos negociados ou concluídos, após a cessação do contrato, com clientes por si angariados	104
5. Exclusão da indemnização de clientela	105
6. Exercício do direito à indemnização de clientela	106
7. Cálculo da indemnização de clientela.....	107
8. Natureza jurídica da indemnização de clientela	108
8.1. Carácter ressarcitório da indemnização	108
8.2. Indemnização por antiguidade	109
8.3. A indemnização de clientela como um regime especial do enriquecimento sem causa.....	110
8.4. A tese da retribuição diferida.....	112
III – A EXTENSÃO ANALÓGICA DA INDEMNIZAÇÃO DE CLIENTELA AO CONTRATO DE FRANQUIA	115
1. No direito comparado	115
2. No direito nacional	117
3. A susceptibilidade de aplicação analógica das normas atributivas da indemnização de clientela.....	121
3.1. O carácter não excepcional da norma a aplicar	121
3.2. A “identidade de razão”	122
4. A verificação dos requisitos de atribuição no contrato de franquia.....	125
4.1. A criação de clientela ou o incremento substancial do volume de negócios do franquizador como resultado da actuação do franquiado	125

4.2. A possibilidade de o franquiador, extinto o contrato, continuar a beneficiar da actuação do franquiado durante a vigência do mesmo	136
4.3. A ausência de retribuição ao franquiado após a cessação do contrato	146
5. Cálculo da indemnização de clientela do franquiado	147
6. Conclusões	149
RESUMO	152
REFERÊNCIAS BIBLIOGRÁFICAS	158
REFERÊNCIAS JURISPRUDENCIAIS	168
ÍNDICE	170